

Sistemas penales comparados



Insolvencias punibles

Alemania

Priv. Doz. Dr. Martin Paul Wassmer
*Friburgo de Brisgovia / Osnabrueck*¹

I. Desarrollo

El derecho penal alemán en materia de insolvencia tiene una larga tradición. Ya en la Edad Media se castigaban conductas específicas de bancarrota. El Derecho Territorial General prusiano de 1794 (ALR) contenía delitos a partir de los cuales se construyeron los delitos concursales del Código penal imperial de 1871 (RStGB). Con la entrada en vigencia de la Ordenanza Concursal de 1877 (KO) éstos fueron extraídos del Código penal. La Primera Ley para el Combate de la Criminalidad Económica de 29 de julio de 1976 (1. WiKG) reformó los delitos concursales y los ubicó nuevamente en el Código penal de 1975 (StGB). Mediante la entrada en vigencia de la Ordenanza de Insolvencias de 1994 (InsO), el 1 de enero de 1999, no sólo pasaron a recibir todos los delitos la denominación de delitos de insolvencia, sino que además se endureció el derecho penal sobre la materia a través del adelantamiento de los motivos de insolvencia, en tanto que se amplió el círculo de autores mediante la creación del procedimiento de insolvencia del consumidor (§§ 304 y ss. InsO).

II. Criminalidad de insolvencia

Sólo en el año 2005 hubo en Alemania casi 40.000 insolvencias de empresa, las que, según estimaciones, produjeron un perjuicio económico de casi 40 mil millones de Euros y destruyeron más de 500.000 puestos de trabajo. En casi el 75 % de las insolvencias se rechaza la apertura del procedimiento por falta de masa². La causa de las insolvencias de-

be buscarse en primera línea en defectos de gestión, si bien algunas estimaciones señalan que más de un tercio de todas las insolvencias son provocadas por conductas criminales. Además, en el 80 a 90 % de las insolvencias se cometen delitos³. En particular, la forma jurídica de la sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) se ha demostrado muy propensa a la comisión de delitos. A pesar de que los tribunales locales informan inmediatamente a las fiscalías de cada apertura de un procedimiento de insolvencia o de su rechazo, la persecución de la criminalidad concursal enfrenta considerables problemas a causa de la dificultad de las diligencias de investigación. La cifra negra es significativa. Sólo respecto de una pequeña parte de las insolvencias se inicia una investigación criminal, en tanto que sólo una porción aún más pequeña llega a acusación y menos de la mitad de los juicios termina con una condena. Para el año 2005 la estadística criminal de la policía⁴ registraba sólo 15.093 delitos de insolvencia. De ellos prácticamente todos correspondían a insolvencias de empresa, pues la persecución de la insolvencia del consumidor se encuentra condicionada a que efectivamente tenga lugar el respectivo procedimiento de insolvencia. La mayor importancia práctica corresponde a la bancarrota del § 283 StGB (4.350 casos) y a la infracción del deber de contabilidad del § 283b StGB (2.055 casos) así como al retardo de la insolvencia del § 84 GmbHG (8.425 casos) y de los §§ 130b, 177a HGB (344 casos). Los restantes delitos de insolvencia son de menor importancia. En total estas cifras representan un aumento del 1,3 % en comparación con el año 2004, en tanto que la cuota de esclarecimiento alcanza al 99,3 %.

III. Delitos de insolvencia, fin de protección y naturaleza jurídica

Los delitos de insolvencia del derecho penal alemán se encuentran tanto en el derecho penal nuclear como en la

legislación penal especial. En el *Código penal* están regulados la bancarrota (§ 283 StGB) y el caso especialmente grave de bancarrota (283a StGB), la infracción del deber de contabilidad (§ 283b StGB), el favorecimiento de acreedores (§ 283c StGB) y el favorecimiento de deudores (§ 283d StGB). A esto se suman las regulaciones en la *legislación penal especial* en materia de retardo de la insolvencia. Por una parte, los delitos de insolvencia persiguen, en interés individual, la *protección del patrimonio*, en términos de garantizar al conjunto de los acreedores, incluidos los trabajadores del deudor, que no se ponga en peligro o se afecte su satisfacción en el patrimonio del deudor perteneciente a la masa⁵. Por otra parte protegen, en interés de la colectividad, la *capacidad de funcionamiento de la economía crediticia*⁶. Delitos típicamente asociados a la insolvencia son la apropiación indebida (§ 246 StGB), la estafa (§ 263 StGB), el fraude de subvenciones (§ 264 StGB), la estafa de crédito (§ 265b StGB), la administración desleal (§ 266 StGB), la retención y distracción de cotizaciones previsionales (§ 266a StGB), la falsedad documental (§ 267 StGB), el perjurio (§ 156 StGB) y los delitos fiscales (§§ 370 y ss. AO).

Según la opinión dominante⁷, los *delitos de insolvencia del Código penal* son *delitos de peligro abstracto*. Esto se justificaría porque la prueba en cuanto a que una insolvencia ha sido causada por conductas específicas de bancarrota es muy difícil, si bien las conductas punibles de bancarrota son típicamente gestadoras de insolvencia. Dogmáticamente parece preferible, sin embargo, hablar de *delitos de peligro abstracto-concreto*⁸, pues según la opinión ampliamente dominante las conductas de bancarrota deben tener una cierta relación con el colapso de la empresa (al respecto inmediatamente *infra* IV). El *retardo de la insolvencia* de la legislación penal especial, en cambio, es considerado con razón un *delito de peligro abstracto*⁹.

IV. Los delitos de insolvencia del Código penal

Un primer elemento estructural de todos los delitos de insolvencia del Código penal es la realización de una *conducta de bancarrota* que o bien se ejecuta durante una crisis económica o bien la ocasiona (§ 283 II StGB), aunque excepcionalmente puede también ser independiente de una crisis (§ 283b StGB). Un segundo elemento estructural es, como condición objetiva de punibilidad (§§ 283 VI, 283b III, 283c III, 283d IV), la verificación del *colapso de la empresa*. La empresa debe haber cesado sus pagos o bien debe haberse abierto un procedimiento de insolvencia sobre su patrimonio o haberse rechazado la solicitud de apertura por falta de masa, pues una intervención penal

antes de ese momento a menudo tendría efectos más perjudiciales que si se esperara¹⁰. Como tercer elemento estructural debe darse, conforme a la opinión ampliamente dominante¹¹, que considera necesaria una reducción teleológica, una cierta *relación* entre la conducta de bancarrota y la condición objetiva de punibilidad, porque en ausencia de esa relación falta la necesidad de pena, del mismo modo en que falta si no se produce el colapso de la empresa. Respecto del *círculo de posibles autores*, todos los delitos, con excepción del § 283d StGB, se refieren al deudor o a las personas que actúan en su lugar de acuerdo con el § 14 StGB, como los gerentes, directores o síndicos, y, en presencia de testafierros, también a los responsables de hecho¹².

1. Bancarrota (§§ 283 StGB)

La bancarrota (*Bankrott*) como delito central de insolvencia menciona en el § 283 I N° 1 a 8 StGB todas las conductas típicas. Se presupone que estas conductas se realizan dolosamente *durante* una *crisis económica*, que la ley describe como sobreendeudamiento o incapacidad de pago actual o inminente. Mediante el § 283 II StGB se equiparan los casos en los que mediante alguna de las conductas señaladas en el § 283 I StGB se *ocasiona* dolosamente el sobreendeudamiento o la incapacidad de pago, esto es, desde un punto de vista causal, al menos se ha contribuido a ello. La bancarrota se castiga con privación de libertad de hasta 5 años o multa.

a. La *interpretación* jurídico-penal se orienta a las definiciones legales de la nueva Ordenanza de Insolvencias, que no sólo ha aclarado muchas cuestiones discutidas, sino que también, en interés de la conservación de empresas susceptibles de ser saneadas, ha adelantado las causas de insolvencia. Con todo, deben tenerse plenamente presentes los distintos fines de protección de ambas ramas jurídicas. Un *sobreendeudamiento* de acuerdo con el § 19 II 1 InsO se da cuando el patrimonio del deudor “ya no cubre las obligaciones existentes”, esto es, cuando los pasivos superan a los activos. Para la investigación criminal se necesita un status de sobreendeudamiento definido de acuerdo con parámetros propios de la administración de empresas. No se consideran los valores-libro o de balance, sino los valores actuales reales, considerando las posibilidades concretas de realización. Del § 19 II 2 InsO se desprende que se debe aplicar el llamado método de prueba alternativo de dos niveles. Según éste, para la valoración son decisivos los valores propios de la continuidad de giro, si la continuidad de la empresa es lo más probable según las circunstancias. Según la opinión dominante¹³, desde el punto de vista del derecho penal, para esto debe

bastar con que la continuidad no esté totalmente descartada. En caso contrario deben aplicarse los valores de liquidación. Según el § 17 II InsO debe considerarse que hay *incapacidad de pago* cuando el deudor “no está en condiciones de cumplir las obligaciones vencidas”, considerándose que, “por regla general”, éste es el caso cuando el deudor cesa en sus pagos. En comparación con la antigua definición, construida a partir de una incapacidad permanente de solucionar en lo esencial, por falta de medios disponibles, las deudas vencidas y requeridas seriamente de pago, esto significa un adelantamiento que, según la opinión dominante¹⁴, en principio también es decisiva para el derecho penal y representa un importante endurecimiento. La incapacidad de pago debe establecerse mediante la confrontación entre las obligaciones y los medios disponibles para su amortización en la fecha tope. Una *incapacidad de pago inminente* se da, de acuerdo con el § 18 II InsO, cuando el deudor “previsiblemente no estará en condiciones de cumplir con las obligaciones en el momento del vencimiento”. Será decisivo un diagnóstico en cuanto a que la inmediata verificación de la incapacidad de pago es más probable que su no verificación¹⁵. Constituyen signos criminalísticos de esto los embargos sin resultado, la acumulación de protestos de letras de cambio, un repentino vencimiento de deudas antiguas, una rápida caída de las ganancias o un atraso de tres meses en el pago de los aportes a la seguridad social.

b. De entre las *conductas de bancarrota del § 283 I StGB*, el *Nº 1* se hace cargo del caso habitual en que el deudor *hace desaparecer u oculta partes del patrimonio* que pertenecen a la masa en caso de abrirse el procedimiento de insolvencia o que los *destruye, daña o inutiliza* en una forma que contradice las exigencias de una economía ordenada. Ejemplos al respecto los ofrecen las informaciones falsas, el desconocimiento de la posesión así como la infracción de los deberes de información y aviso. El *Nº 2* y el *Nº 3* se refieren a *disposiciones patrimoniales perjudiciales*. El *Nº 2* se hace cargo de la celebración de negocios a pérdida, especulativos o de futuros (*Differenzgeschäften*) con productos o títulos-valores y el gasto o la asunción de deudas desproporcionadas mediante pagos antieconómicos, juego o apuestas. El *Nº 3* tiene por objeto productos y títulos-valores adquiridos a crédito y enajenados por debajo de su valor. El *Nº 4* se refiere a la *simulación de derechos de otros* o el *reconocimiento de derechos fingidos*. Los *Nº 5* al *7* abordan la *infracción del deber de contabilidad y de confección de balances* y tienen una extraordinaria importancia práctica para las actividades de investigación, porque generalmente las insolvencias están asociadas a una contabilidad desordenada o incluso inexistente y dichas infracciones son fáciles de acreditar. Los principios de una contabilidad y de unos ba-

lances ordenados exigen exhaustividad, corrección, claridad y oportunidad de los asientos. El *Nº 5* tipifica la omisión de contabilidad, la contabilidad desordenada y las alteraciones de los libros por parte de los comerciantes. El *Nº 6* recoge el hacer desaparecer, el ocultamiento, la destrucción o el daño de libros de comercio y de otros documentos antes del cumplimiento de los plazos de conservación que rigen para los obligados a llevar libros, tanto por parte de comerciantes como de no comerciantes¹⁶. El *Nr. 7* tiene por objeto la confección desordenada de balances, así como la confección extemporánea del balance del patrimonio o del inventario en contravención con el derecho mercantil, por parte de comerciantes. El especialmente previsto dificultamiento de la visión de la situación patrimonial presupone que ni siquiera un perito estaría en condiciones de formarse una opinión en un tiempo razonable¹⁷. Según la jurisprudencia¹⁸ no puede sancionarse al que, no obstante omite llevar libros o confeccionar balances, no cuenta sin embargo con los medios financieros para el pago de personas que lo ayuden con eso. A esto opone la literatura¹⁹, con razón, que en estos casos el reproche consiste en haber continuado con la actividad comercial con infracción de los deberes legales a pesar de la escasez de recursos. También pueden ser autores de los delitos contables ciertos mandatarios, tales como asesores fiscales, auditores o empleados de instituciones de crédito. Finalmente, el *Nr. 8* recoge, en cuanto *cláusula general y tipo de recogida*, no sólo *otras disminuciones del estado patrimonial* que contradigan gravemente las exigencias de una economía ordenada, sino que también *cualquier otro ocultamiento o deformación* de las verdaderas circunstancias comerciales. Se recogen, por ejemplo, la constitución de empresas con un capital propio absolutamente insuficiente, una gestión sin planificación, así como informaciones falsas o engañosas en comunicaciones comerciales.

c. Las conductas de bancarrota sólo son punibles cuando concurre la *condición objetiva de punibilidad* (§ 283 VI StGB), esto es, que el deudor haya cesado en sus pagos, para lo cual no basta una simple interrupción de los mismos, o que se haya abierto un procedimiento de insolvencia respecto de su patrimonio o que la solicitud de apertura se haya rechazado por falta de masa. Además, debe existir una cierta *relación* entre la conducta de bancarrota y el colapso de la empresa. Sólo en los casos del § 283 II StGB, esto es, de producción de la crisis económica, se requiere un nexo causal. En los demás casos basta una relación fáctica y temporal que muestre que la crisis en la que se realizó la conducta de bancarrota posteriormente no pudo superarse, sino que siguió desarrollándose hasta el colapso de la empresa. Basta con que deudas existentes al tiempo de realizarse las conductas de bancarrota no hubiese sido amortizadas al tiempo del colapso empre-

sarial. La relación sólo falta cuando la crisis original fue superada no sólo de modo transitorio, sino que, probadamente, de un modo total y permanente²⁰.

d. En atención a la especial peligrosidad de las conductas de bancarrota, el legislador ha previsto en el § 283 IV y V StGB también *combinaciones de dolo y culpa*, así como *delitos imprudentes*, que se castigan con pena privativa de libertad de hasta dos años y multa. El § 283 IV N° 1 StGB recoge casos en los que se ha realizado dolosamente una conducta de bancarrota del § 283 I StGB, pero que respecto del conocimiento del sobreendeudamiento o de la incapacidad de pago sólo existe desconocimiento negligente. Se concluye que ha habido negligencia especialmente cuando se repiten señales tempranas de una crisis empresarial, como protestos de letras de cambio, no pago de cheques, pero también cuando no se revisa la situación de la empresa en caso de una caída drástica de las ventas. El § 283 IV N° 2 StGB abarca casos en los que se ha cometido dolosamente una de las conductas de bancarrota del § 283 I StGB y se causa negligentemente sobreendeudamiento o incapacidad de pago. Finalmente, conforme al § 283 V N° 1 StGB es punible el que realiza imprudentemente las conductas de bancarrota del § 283 I N° 2, 5 o 7 StGB y desconoce, a lo menos imprudentemente, el sobreendeudamiento o la incapacidad de pago, y de acuerdo con el § 283 V N° 2, el que incurre imprudentemente en esas conductas de bancarrota y ocasiona negligentemente el sobreendeudamiento o la incapacidad de pago. Éste es el caso, por ejemplo, cuando la elección y vigilancia de las personas a quienes se ha confiado la contabilidad o la confección de balances no ha sido cuidadosa.

e. En razón de su especial peligrosidad, el § 283 III StGB hace también punible la *tentativa* de las conductas dolosas de bancarrota previstas en el § 283 I y II StGB.

2. Caso especialmente grave de bancarrota (§ 283a StGB)

El § 283a StGB abarca, bajo la forma de una regla de determinación de pena, casos especialmente graves de bancarrota del § 283 I, II y III StGB, que resultan especialmente merecedores de pena y se castigan con una pena privativa de libertad aumentada que va desde los 6 meses hasta los 10 años. De acuerdo con la llamada técnica del ejemplo de regla, se da una de estas situaciones “por regla general” en *dos casos nominados (típicos)*. Por una parte, cuando el autor actúa *por codicia* (N° 1), esto es, cuando muestra un afán de ganancia que va más allá de las expectativas de lucro normales, en una medida moralmente reprobable. Éste es el caso, por ejemplo, cuando desde el comienzo de la actividad comercial se ha planea-

do el colapso de la empresa con fines de enriquecimiento personal. Por la otra, cuando el autor *a sabiendas* pone a *muchas personas* en peligro de perder los valores patrimoniales que le han confiado o en situación de necesidad económica (N° 2). Se está pensando en el colapso de empresas que administran en grandes proporciones dineros ajenos. Adicionalmente, de acuerdo con el método de los ejemplos de regla puede darse un caso especialmente grave en *casos innominados (atípicos)*, comparables en cuanto a injusto y culpabilidad, como es el caso especialmente tratándose de grandes insolvencias²¹.

3. Infracción del deber de contabilidad (§ 283b StGB)

El tipo de infracción del deber de contabilidad coincide fundamentalmente, en lo que concierne a las conductas típicas (§ 283b I N° 1 a 3 StGB), con el § 283 I N° 5 a 7 StGB, con la diferencia de que no se exige la existencia de una crisis económica al tiempo de la conducta. Además, el § 283b se dirige exclusivamente a comerciantes. La razón para el adelantamiento de la punibilidad es que una contabilidad comercial defectuosa conduce a menudo a decisiones equivocadas que tienen graves consecuencias económicas, que llegan hasta la insolvencia. El § 283b StGB es un tipo subsidiario en el *campo previo de protección*, además de ser un *tipo de recogida* que tiene gran importancia en la práctica, precisamente porque tiene aplicación cuando no se puede acreditar la existencia de una crisis empresarial durante el período. Se prevé pena privativa de libertad de hasta dos años o multa. La *conducta imprudente* está conminada con pena mediante el § 283b II StGB, si bien sólo para los casos de la infracción del deber de contabilidad o de confección de balances (§ 283b I N° 1 y 3 StGB). En estos casos se puede imponer una pena privativa de libertad de hasta un año o multa. El § 283b III StGB dispone la aplicación concordante de la *condición objetiva de punibilidad* del § 283 VI StGB. Adicionalmente, de acuerdo con la opinión ampliamente dominante²², también en el § 283b StGB debe existir al menos una *relación* fáctica y temporal entre la conducta y la condición objetiva de punibilidad. Para ello basta con que el respectivo deber no se haya cumplido todavía al tiempo de la apertura del procedimiento de insolvencia.

4. Favorecimiento de acreedores (§ 283c StGB)

El § 283c StGB regula un *caso privilegiado* de desaparición de porciones patrimoniales (§ 283 I N° 1 StGB) después de producida la incapacidad de pago, para el que se prevé una pena privativa de libertad de hasta dos años o multa. La razón del privilegio consiste en que el deudor

con la repartición del patrimonio sólo afecta la satisfacción igualitaria de los acreedores, pero la masa de la insolvencia permanece inalterada. El § 283c I StGB presume que el deudor, en conocimiento de su incapacidad de pago le concede a un acreedor una *garantía o satisfacción* que éste no podía exigir o no podía hacerlo en la misma forma o momento, con lo cual lo favorece. Pretensión y cumplimiento son, en consecuencia, incongruentes desde el punto de vista del derecho civil. En el plano subjetivo se requiere *conocimiento* de la incapacidad de pago. Además el resultado favorable debe haberse provocado *intencionalmente o a sabiendas*. Sólo la tentativa del favorecimiento doloso de acreedores se sanciona mediante el § 283c II StGB. Por otra parte, la *condición objetiva de punibilidad* del § 283 VI StGB se aplica concordantemente (§ 283c III StGB) y debe existir al menos una *relación fáctica y temporal* entre la conducta y la condición objetiva de punibilidad. El *acreedor favorecido*, en cuanto partícipe necesario, no incurre en complicidad por el sólo hecho de aceptar. Pero si su contribución al hecho va más allá puede haber una participación punible²³.

5. Favorecimiento de deudores (§ 283d StGB)

El § 283d StGB busca proteger al conjunto de los acreedores de la reducción de la masa por parte de *terceros* ajenos a la relación que, con el consentimiento o en beneficio del deudor que se encuentra en una crisis económica, realizan conductas típicas en los términos del § 283 I N° 1 StGB, esto es, hacen desaparecer, ocultan, destruyen, dañan o inutilizan porciones patrimoniales. La relevancia práctica del tipo es mínima, porque su descubrimiento es difícil y a menudo se dará participación en una bancarrota²⁴. El § 283d StGB tiene presupuestos de punibilidad *claramente más restrictivos*, porque los terceros no tienen la misma responsabilidad que tiene el deudor en cuanto a la satisfacción de los acreedores. La situación de crisis está restringida al caso de incapacidad de pago. Conductas de bancarrota que producen la crisis económica son atípicas. Además, el autor debe estar en conocimiento de la inminente incapacidad de pago o actuar dolosamente después de la cesación de pagos o en un procedimiento de insolvencia. También aquí existe una *condición objetiva de punibilidad*. Conforme al § 283d IV StGB el hecho sólo es punible cuando el deudor ha cesado en sus pagos, se ha abierto un procedimiento de insolvencia respecto de su patrimonio o la solicitud de apertura se ha rechazado por falta de masa. Adicionalmente, debe existir, tal como ocurre con el § 283 I N° 1 StGB, al menos una *relación fáctica y temporal* entre la conducta y la condición objetiva de punibilidad. También es punible la *tentativa* de favoreci-

miento de deudores (§ 283d II StGB). La pena prevista es de privación de libertad de hasta 5 años o multa. En casos especialmente graves (§ 283d III 2 N° 1 y 2 StGB), cuya regulación reproduce la del § 283a StGB, la privación de libertad va de 6 meses hasta 10 años. El *deudor* puede ser partícipe, en la medida en que no sea autor del § 283 I N° 1 StGB.

V. El retardo de la insolvencia en la legislación penal especial

El retardo de la insolvencia, esto es, la circunstancia de no presentar o de presentar tardíamente una solicitud de insolvencia, se hace cargo del caso habitual en el que la dirección de la empresa demora excesivamente el comienzo del procedimiento de insolvencia. Para hacer frente a los peligros de pérdida que resultan de la continuidad de la empresa a pesar de la crisis económica, se han previsto para las formas societarias y de empresa más importantes *deberes de solicitud de insolvencia*, cuya infracción dolosa o también imprudente se sanciona mediante *delitos de omisión propia*. Se trata por una parte de sociedades de responsabilidad limitada (§ 84 I, II GmbHG), sociedades anónimas (§ 401 I N° 2, II AktG), cooperativas (§ 148 I N° 2, II GenG), determinadas sociedades comerciales abiertas (§§ 130b I, II HGB), sociedades en comandita (§ 177a HGB) y la agrupación europea de interés económico (§ 15 I, II EWIV-AG), y por la otra de instituciones de crédito (§ 55 I, II KWG) y compañías de seguro (§ 141 I, II VAG). De acuerdo con esto, la dirección de la empresa está obligada a solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia en caso de *verificarse la incapacidad de pago o el sobreendeudamiento*, sin demora culpable y a más tardar *dentro de tres semanas*. Mediando dolo la pena consiste en privación de libertad de hasta 3 años o multa, en tanto que en caso de culpa será privación de libertad de hasta un año o multa. El retardo de la insolvencia es comparativamente fácil de acreditar y opera como *tipo de recogida* respecto de delitos de difícil comprobación. Los deberes de cuidado de la dirección empresarial en relación con la presentación de la solicitud de apertura son altos. Así, el administrador de una sociedad de responsabilidad limitada está obligado a controlar permanentemente y por sí mismo la situación patrimonial de la empresa. No lo libera de responsabilidad la confianza en que otro está a cargo de sus deberes cuando él mismo podía haber advertido la incapacidad de pago o el sobreendeudamiento²⁵. Según la opinión dominante²⁶ también está obligado a presentar la solicitud el administrador de hecho, que no está nombrado formalmente, pero que tiene una posición predominante en la dirección de los negocios.

VI. Prohibición de ejercer la profesión, comiso

En caso de una condena firme por un delito de insolvencia, el tribunal puede, de acuerdo con el § 70 StGB, imponer adicionalmente una prohibición *temporal* de ejercer la profesión por un período de uno a cinco años y, tratándose de delitos especialmente graves, incluso una prohibición *perpetua*. Además, ya durante la etapa de instrucción puede ordenarse una prohibición *provisoria* conforme al § 132a StPO, cuando motivos poderosos justifiquen la opinión de que habrá de imponerse una prohibición de ejercicio profesional. Con independencia de esto, la condena firme por los delitos de insolvencia de los §§ 283 a 283d StGB tiene como consecuencia una prohibición *automática*, sin necesidad de pronunciamiento judicial especial: por un período de cinco años desde la ejecutoria los condenados no pueden ser administradores de una sociedad de responsabilidad limitada ni miembro del directorio de una sociedad anónima (§ 6 II 3 GmbHG, § 76 III 3 AktG). No existen disposiciones equivalentes para el retardo de la insolvencia o para delitos asociados, lo que se critica con razón²⁷. Por último, respecto de delitos de insolvencia que han dado lugar a traspasos patrimoniales, se puede ordenar por el tribunal el *comiso* en sus distintas formas (§§ 73 y ss. StGB).

VII. Perspectivas

Los delitos de insolvencia tuvieron y tienen una importancia central para el combate de la criminalidad económica²⁸. El derecho penal alemán de la insolvencia ofrece en la actualidad una *amplia protección penal* que, mediante la entrada en vigencia de la Ordenanza de Insolvencias, una vez más ha sido adelantada y fortalecida. En cuanto a las *dificultades de investigación* que existen en la práctica, éstas se aprecian en parte como inevitables, pero también como consecuencia de la insuficiente dotación personal y material de los órganos de persecución penal. En esa medida, las instancias responsables están llamadas a proveer los recursos necesarios. Pues mediante una persecución penal más efectiva no sólo se podrían evitar muchas insolvencias, sino que además considerables perjuicios socio-económicos. *De lege ferenda* se aprecia necesidad de regulación en materia de *insolvencia del consumidor*. De acuerdo con la opinión totalmente dominante²⁹, a través de la creación del procedimiento de insolvencia del consumidor, los consumidores fueron incluidos de hecho en el campo de aplicación de los delitos de insolvencia. Este efecto secundario probablemente no fue advertido por un legislador que perseguía “liberar de la torre de deudas” al deudor cargado de créditos de con-

sumo. En vista de ese fin de protección, contradicho por la carga adicional de las altas penas de los §§ 283 y ss. StGB, parece obligado reducir teleológicamente la aplicación de estos delitos al ámbito de las empresas o bien establecer normas penales especiales para consumidores³⁰.

Notas

1. Traducción del Prof. Dr. HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO, Santiago de Chile.
2. Cfr. WEYAND, *Insolvenzdelikte*, 7º ed. 2006, marg. 1.
3. KÖHLER, en: WABNITZ/JANOVSKY, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 2º ed. 2004, 2/60 s.
4. BUNDESKRIMINALAMT, *Polizeiliche Kriminalstatistik* 2005, pp. 236, 296, 298.
5. BGH NJW 2001, 1874; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 53º ed. 2006, antes de § 283 marg. 3.
6. BGH NJW 2003, 974; BIENECK, en: MÜLLER-GUGENBERGER/BIENECK, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4º ed. 2006, § 75 marg. 39; HEINE/STREE, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 27º ed. 2006, antes de §§ 283 ss. marg. 2; TIEDEMANN, en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11º ed. 1996, antes de § 283 marg. 55 ss.; de otra opinión HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 274.
7. Cfr. sólo WESSELS/HILLENKAMP, BT/2, 28º ed. 2005, marg. 459.
8. HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2004, marg. 233.
9. BGHSt. 28, 371, 380; KÖHLER, 2/164.
10. R-Drucks. 5/75, p. 38; TRÖNDLE/FISCHER, antes de § 283 marg. 5.
11. BGHSt. 28, 231, 233; BIENECK, § 75 marg. 68; HEINE/STREE, § 283 marg. 59; HELLMANN/BECKEMPER, marg. 254; KÖHLER, 2/291; TIEDEMANN, antes de § 283 marg. 92; TRÖNDLE/FISCHER, antes de § 283 marg. 17; WESSELS/HILLENKAMP, marg. 469; WEYAND, marg. 56; de otra opinión SCHÄFER, *wistra* 1990, 86.
12. Con detalle BIENECK, § 77; KÖHLER, 2/157 s. y 2/423 ss.
13. HEINE/STREE, § 283 marg. 51; KÖHLER, 2/121; WESSELS/HILLENKAMP, marg. 461; WEYAND, marg. 49.
14. BIENECK, § 75 marg. 56; HEINE/STREE, § 283 marg. 52; KÖHLER, 2/92; TRÖNDLE/FISCHER, antes de § 283 marg. 9; WEYAND, marg. 49; de otra opinión WESSELS/HILLENKAMP, marg. 462.
15. HEINE/STREE, § 283 marg. 53; HELLMANN/BECKEMPER, marg. 241; TRÖNDLE/FISCHER, antes de § 283 marg. 10; WESSELS/HILLENKAMP, marg. 462; WEYAND, marg. 44.
16. HELLMANN/BECKEMPER, marg. 313; críticamente TRÖNDLE/FISCHER, § 283 marg. 24.
17. BGH NSZ 1998, 247; WESSELS/HILLENKAMP, marg. 473.
18. BGHSt. 28, 231; BGH StV 2002, 199, 200; JZ 2003, 804.
19. BIENECK, § 82 marg. 26 s.; HELLMANN/BECKEMPER, marg. 310 s.; WEYAND, marg. 81.
20. BGHSt. 28, 231; BIENECK, § 75 marg. 71; de otra opinión TIEDEMANN, antes de § 283 marg. 176.
21. HEINE/STREE, § 283a marg. 7; KÖHLER, 2/347.
22. BGHSt. 28, 231, 234; BIENECK, § 82 marg. 59; HEINE/STREE, § 283b marg. 7; HELLMANN/BECKEMPER, marg.

305; TRÖNDLE/FISCHER, § 283b marg. 1; de otra opinión SCHÄFER, *wistra* 1990, 87.

23. HEINE/STREE, § 283c marg. 21; TRÖNDLE/FISCHER, § 283c marg. 10.

24. WEYAND, marg. 136.

25. HELLMANN/BECKEMPER, marg. 333.

26. BGHSt. 3, 32, 37; HELLMANN/BECKEMPER, marg. 336 ss.

27. BIENECK, § 75 marg. 54.

28. BIENECK, § 75 marg. 4; WEYAND, marg. 3.

29. BGH NJW 2001, 1874; HEINE/STREE, § 283 marg. 7a; HELLMANN/BECKEMPER, marg. 270.

30. Cfr. BIENECK, § 75 marg. 61; MOOSMAYER, *Einfluss der Insolvenzordnung 1999 auf das Insolvenzstrafrecht*, 1997; PENZLIN, *Strafrechtliche Auswirkungen der Insolvenzordnung*, 1999, p. 207.

Argentina

Luis Fernando Niño¹

UBA – UNLZ – UB – LUZ – USAL

I. La materia que nos convoca en esta ocasión se encuentra legislada en el Libro Segundo del Código Penal argentino, consagrado a los delitos y las penas en particular, bajo el marco del Capítulo V del Título VI, que agrupa a los delitos contra la propiedad y comprende los artículos 176 a 180 inclusive; mas, como se verá, ciertas modalidades específicas han sido objeto de regulación específica.

Con respecto a la normativa incluida en el ordenamiento punitivo general, una primera peculiaridad viene configurada por el nombre del capítulo, toda vez que, contrariamente a lo que sucede con el resto de las figuras contempladas en ese cuerpo de leyes, se alude a los posibles autores –“quebrados y otros deudores punibles”– en lugar de hacerse referencia a las conductas previstas y penadas, detalle que ha sido considerado “una incongruencia técnica”², y que tal vez responda a la manera de legislar estas especies delictivas con anterioridad a la sanción del código en vigor desde 1922³

A partir de lo expuesto, es juicioso dejar aclarado que, en el derecho positivo argentino, “la injerencia de la ley civil se limita a la determinación de los presupuestos jurídicos de los delitos, a saber: la declaración de quiebra del comerciante, la situación de concurso civil, la existencia de proceso, etc.; pero las calificaciones hechas por el juez civil o comercial no restringen el campo de acción del juez penal, que puede llegar a modificarlas en ciertos casos”⁴

II. Dentro de las insolvencias punibles, la ley de fondo argentina incluye las figuras de quiebra fraudulenta (art.

176)⁵, quiebra “culpable” (art. 177)⁶, concurso civil fraudulento (art. 179, primer párrafo)⁷, insolvencia fraudulenta propiamente dicha (*idem*, segundo párrafo)⁸ y colusión (art. 180)⁹.

Párrafo aparte merecen las figuras de quiebra de personas jurídicas, incluyendo a las sociedades cooperativas y a las mutuales, y de liquidación sin quiebra de bancos y entidades financieras, contenidas todas ellas en el artículo 178¹⁰. Se conmina en él, con la pena fijada para los casos de quiebra fraudulenta o culpable, a un abigarrado elenco de sujetos activos funcionalmente vinculados a esas instituciones¹¹.

Asimismo, existen leyes especiales que tipifican formas específicas de insolvencias punibles, entre las que destacan la llamada insolvencia fraudulenta previsional, que forma parte del régimen penal tributario y está contemplada en el artículo 10 de la Ley 24.769¹², o la que se asocia al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, previsto y penado por la ley 13944¹³.

En el ámbito del derecho laboral se asiste a un profuso desarrollo en torno a la problemática originada en el propio esquema societario, en el cuadro general del sistema capitalista, cuando del cobro de deudas laborales se trata. Es usual que, bajo el dogma de la “personalidad jurídica” de las sociedades comerciales, el trabajador vea frustradas las expectativas de cobro, tras haber obtenido sentencia favorable a su demanda. En este sentido, distintos pronunciamientos jurisdiccionales han reconocido la denominada teoría del corrimiento del velo¹⁴

III. La diversidad de regímenes legales existentes en torno a las falencias con significación jurídico-penal se orienta, pues, a abarcar las especificidades propias de ese tipo de infracciones. En el caso del Derecho Tributario, por ejemplo, la iniciación de la acción reposa en la Administración Federal de Ingresos Públicos; paralelamente, en los temas de insolvencia vinculados al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, no resulta necesario que la demanda de alimentos haya sido efectivamente sustanciada en el ámbito judicial.

Lo que no varía, en cualquier caso, es la caracterización de toda insolvencia punible como un delito propio: es sujeto activo el titular del patrimonio demandado en el proceso o afectado por una sentencia condenatoria, que afecta con su conducta –dolosa o culposa– la incolumidad de tal patrimonio como prenda común de los acreedores; o bien, en el caso de quiebra de personas jurídicas, quien obrare o cooperare en la ejecución de los actos prohibidos ostentando alguna de las calidades señaladas en los ya consignados artículos 178 y 180 del código de fondo.

IV. Un sector de la doctrina coincide en señalar que estos delitos se consuman cuando queda frustrado el cum-

plimiento de la obligación civil, esto es, cuando se perjudica al acreedor o acreedores, pues es en tal instante que se lesiona su patrimonio; de modo que, al menos en los casos de redacción más clara, como el de la insolvencia fraudulenta del art. 179, 2º párrafo, la figura se articula como delito de daño o lesión.

No obstante ello, la propia confección de los distintos tipos legales y el presupuesto de un pronunciamiento judicial o de un proceso en curso en sede judicial diferencian a la penal dieron y dan lugar a controversias acerca del carácter de cada uno de tales ilícitos y, en su consecuencia, de la admisibilidad de la tentativa en cada caso¹⁵.

En tal sentido, no faltan voces que pugnan por reformas que incluyan la relevancia penal de comportamientos concretamente peligrosos para el bien jurídico en cuestión, especialmente en los casos de falencia de sociedades comerciales¹⁶.

Notas

1. La colección de piezas de doctrina y jurisprudencia y un primer bosquejo de este informe fueron realizados, como en casos anteriores, por la abogada Mariana GRASSO, docente de la Universidad de Buenos Aires.

2. D'ALESSIO, Andrés J., "Código Penal comentado y anotado, Parte Especial, La Ley, Bs. As., 2004, p.537.

3. En efecto, el código de 1887 y los diversos proyectos existentes hasta 1906 abordaban el tema a la manera de las leyes penales en blanco, aludiendo al "quebrado fraudulento" o al "quebrado culpable", a diferencia del plexo normativo vigente, que, "si bien parte de la condición previa fijada por otra jurisdicción referente al estado de quiebra, traza, sin embargo, sus propias figuras autónomas en lo sustancial con respecto a la ley de comercio", como ya señaló Sebastián SOLER ("Derecho Penal Argentino", TEA, Bs. As., 1992, T. IV, p. 480). La inusual referencia a los sujetos activos en el epígrafe del capítulo abordado parece responder, pues, atávicamente, al primitivo tratamiento de estos ilícitos.

4. D'ALESSIO, A. J., op. cit., p. 538.

5. "Será reprimido como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en alguno de los hechos siguientes: 1º Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2º No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiera a la masa; 3º Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor".

6. "Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta". Buena parte de la doctrina penal nacional defiende la adjetivación utilizada por el codificador -"culpable", en lugar de "culposa"- señalando que, maguer la existencia de la cláusula residual que remata el texto del precepto en cuestión, si se entendiera que el artículo 176

se ocupa de las quiebras dolosas fraudulentas cometidas mediante alguno de los comportamientos previstos en él, y el artículo siguiente sólo se refiere a las quiebras culposas, quedarían absurdamente impunes las quiebras dolosas no fraudulentas, vale decir, aquellas causadas con dolo pero sin realizar alguno de los actos de fraude que enumera el primero de tales enunciados legales (D'ALESSIO, A. J., op. cit., p. 541 y nota 1061, con mención de las obras generales de Ricardo NÚÑEZ ("Tratado de Derecho Penal", Lerner, Córdoba, 1988, T. IV, p.454), Carlos CREUS ("Derecho Penal – Parte Especial, T. 1, Astrea, Bs. As., p.542) y Edgardo DONNA ("Derecho Penal, Parte Especial", T. II-B, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2001, p.676).

7. "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el art. 176..."

8. "...Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles"

9. "Será reprimido con prisión de un mes a un año el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción. La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género".

10. Es oportuno recordar, como lo hace Edgardo DONNA (Op. cit., p. 685 y ss.), que, conforme a lo estatuido en el art. 2º de la Ley 24522 de concursos y quiebras actualmente vigente, a la inversa de lo que sucedía bajo el régimen de la anterior (nº 11719), todas las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y las sociedades en las que el Estado nacional o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación, pueden ser declaradas en concurso, razón por la cual ha perdido significación la alusión a la liquidación sin quiebra de las entidades crediticias mantenida en el cuerpo de leyes represivo.

11. Texto del artículo 178: "Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o si hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido, o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual".

12. Será reprimido con prisión de dos a seis años el que, habiendo tomado conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo o judicial tendiente a la determinación o

cobro de obligaciones tributarias o de aportes y contribuciones de la seguridad social nacionales, o derivadas de la aplicación de sanciones pecuniarias, provocare o agravare la insolvencia propia o ajena, frustrando en todo o en parte el cumplimiento de tales obligaciones." Según puede apreciarse, la estructura es similar a la de la insolvencia fraudulenta propiamente dicha del art. 179.

13. La Ley n° 24029 incorporó a dicha norma, como artículo 2 bis, el siguiente precepto: "*Será reprimido con pena de uno a seis años de prisión, el que, con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuir su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de dichas obligaciones.*" Una vez más, el legislador hace coincidir la formulación del dispositivo legal especial con el tipo básico de la insolvencia fraudulenta

14. Más de treinta años atrás, el máximo órgano judicial de la República apuntaba: "16) De lo que se trata es de la consideración del fondo real de la persona jurídica. Esto se impone no sólo por los abusos a que se presta la complejidad de las relaciones y actividades en ciertas estructuras sociales sino también por la dimensión creciente de numerosos grupos de empresas internacionales y los graves problemas que su expansión plantea. ...a pesar de su aparente autonomía jurídica, la sociedad local se encuentra sin lugar a dudas, en relación orgánica de dependencia con la sociedad dominante..." (CSJN, "SAIC Parke Davis y Cía Argentina", sentencia del 31 de julio de 1973).

15. Valga un ejemplo: al analizar el tipo del artículo 176 del Código Penal, SOLER no duda en afirmar que se trata de una figura de peligro, que, si bien requiere para su consumación la declaración de quiebra en sede mercantil, está compuesta por "actos de bancarrota", "hechos preparatorios específicamente definidos y castigados" (SOLER, S.: op. cit., p. 500). DONNA, por el contrario, partiendo de la base de que el sujeto activo debe ser un comerciante declarado en quiebra, estima que sus actos anteriores a tal declaración son atípicos (DONNA, E.: op. cit., p. 662). Décadas atrás, Enrique BACIGALUPO ("Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito" (Depalma, Bs. As., 1970), había adoptado ya esta postura que, en época reciente, ha recibido la contundente crítica de Daniel RAFECAS ("Una sentencia de quiebra fraudulenta con múltiples maniobras que no conmueven su unicidad", en La Ley, 2004-D, p. 542/47). De este último, v. también, con la misma orientación, "Delitos de quiebra en Argentina (con especial referencia a la quiebra societaria, art. 178, Cód. Penal)" en Revista de Sociedades y Concursos, n° 10, mayo/junio 2001, Ad-Hoc, Bs. As., pp. 49/76. La jurisprudencia, aunque exigua en punto a esta clase de ilícitos, ha sabido sostener que, sin perjuicio de que las exigencias del tipo se completan con la declaración de falencia en la sede judicial pertinente, los actos anteriores a ella componen el cuadro descrito en el texto legal: "Sostener lo contrario conduciría irremediabilmente a crear un amplio marco de impunidad que no se condice con la realidad evaluada por el legislador al sancionar la norma penal, ni así tampoco con el bien jurídico protegido por ella" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 1ª., "PUSSO, Carlos E.", n° 44.914, resuelta el 22-5-96).

16. En esa dirección cabe consignar las acuciantes advertencias de Ernesto E. MARTORELL ("La dominación torpe de sociedades", en La Ley, 2003-D-, p. 1177): "...frente a la imperativa necesidad de rediseñar una sociedad más solidaria y

más justa, nosotros debemos aceptar y difundir la idea de que, sin lugar a dudas, una de las causas clave de la crítica situación que vive la Argentina, es la absoluta falta de respeto por la ley y el constante debilitamiento de nuestras instituciones...Y que asumiendo que hoy nuestra realidad corporativa es verdaderamente desastrosa -piénsese en la enorme cantidad de quiebras fraudulentas, de directivos y socios abusadores impunes, de ahorristas estafados y de asesores legales no menos pícaros que sus clientes que convalidaban éstas cosas- debemos asegurarle al inversor extranjero y autóctono un marco económico-institucional previsible y consistente en el tiempo. Y sobre todo, una justicia independiente, valiente y proba que castigue los abusos societarios."

Brasil

Arthur Migliari Júnior

Promotor de Justiça em São Paulo, Mestre em Direito Penal pela Universidade São Francisco e Mestre em Processo Penal pela Pontificia Universidade Católica de São Paulo.

INTRODUÇÃO

O presente estudo se refere exclusivamente ao tratamento legislativo do Brasil aos crimes falenciais e de recuperação de empresas, considerando a forma e os efeitos deletérios do delito dentro do cenário jurídico.

Importante asseverar que o legislador brasileiro veio a reintroduzir a repressão aos crimes cometidos no momento pré-falencial, ou seja, na fase das recuperações de empresas, nas modalidades extrajudiciais – destinadas aos pequenos e médios empresários – judiciais – estas, destinadas às grandes empresas, fruto de uma novel legislação falencial de 2005, provinda do Projeto de Lei 4.376/1993, que acabou por se tornar a Lei 11.101/2005.

Pela novel legislação o crime falência fraudulenta é composto dos seguintes elementos: sentença declaratória da falência ou concessiva de recuperação (art. 180 da Lei 11.101/05); dolo, caracterizador da fraude; intuito de lucro; prejuízo ou perigo de prejuízo ao crédito público; ação ou omissão antes, durante ou depois da falência ou da recuperação de empresa.

A HISTÓRIA DOS CRIMES FALENCIAIS NO BRASIL

O Brasil, sendo colônia de Portugal, esteve sujeito à legislação portuguesa, inclusive com todos os adendos que

estas sofreram. A legislação brasileira se fixa a partir de seu descobrimento (21 de abril de 1500), a serviço do Rei de Portugal, que mandou emitir as Ordenações do Reino. A primeira Ordenação, de 28 de julho de 1446, intitulada de “*Afonsinas*”, não teve qualquer aplicação no Brasil mesmo porque a colonização brasileira só se iniciou em 1532, com Martim Afonso de Souza, fundando a cidade de São Vicente, no Estado de São Paulo. Do mesmo a segunda Ordenação, chamada “*Manuelinas*”, não teve significação para o Brasil. No Brasil vigoraram as “*Ordenações Filipinas*”, do Rei D. Filipe I, em Portugal, de 1581, onde já se tratava das falências fraudulentas. Por meio da Lei da Boa Razão, em 18 de agosto de 1769 mandou que se “*guardassem nos negócios mercantis e marítimos, como subsidiárias, as leis das nações civilizadas da Europa*”.

As Ordenações do Reino vigoraram no Brasil até mesmo depois da promulgação da Independência, eis que, em 20 de outubro de 1823 mandou que continuassem a ser observadas as normas da *Lei da Boa Razão*.

A primeira Constituição Federal brasileira de 1824 permitiu a criação dos Códigos Civil, Criminal, e um Código Comercial de 1850, onde se estabeleceu as “quebras”.

Pelo Título III, Capítulo II, do Código Criminal do Império, de 1830, sob a rubrica “*Banca-rotas, estelionato, e outros crimes contra a propriedade*”, mostrou-se que a falência estava intimamente ligada ao crime mediante fraude, nesta disposição: “*Art. 263. A banca-rotas, que fôr qualificada de fraudulenta, na conformidade das Leis do commercio, será punida coma prisão com trabalho por um a oito annos. Na mesma pena incorrerão os cúmplices*”.

No Decreto Republicano nº 917 de 24/10/1890, porém, os crimes praticados pelos comerciantes ficaram previstos no Código Penal de 1890, seguindo o critério do Código Criminal de 1830, não obstante já houvesse sido promulgado o Código Comercial Brasileiro. A falência criminosa consta do Capítulo III, do Título XII do Código Penal de 1890, nos artigos 336 e 337.

Posteriormente, advém a edição da Lei Federal nº 859 de 1902, que teve brevíssima duração, tendo sido substituída pela Lei 2024 de 17/12/1908. Tal Lei 2.024/1908 foi o ponto culminante para a modificação da filosofia penalística-falencial no Brasil, introduzindo os tipos penais no próprio corpo da lei comercial-falencial, nascendo a natureza híbrida das normas penais-falenciais, nos arts. 167 a 173, que cuidavam dos crimes falenciais e, dos arts. 174 a 177 do processo penal falencial. Referida legislação passou a cuidar dos crimes e do processo penal falencial no próprio instituto falencial. Esta Lei 2.024/1908 trouxe para o seu bojo uma nova série de tipos de crimes falenciais. Daí vêm a importância histórica da descrição.

No entanto, pelo Decreto nº 5.746, de 09/12/ 1929, foi a referida Lei 2.024/08, substituída. O Decreto 5.476/29, nos seus artigos 168 a 172, alterou a Lei de Falências. No entanto, os crimes falenciais continuaram a ser tratados separadamente, eis que, pela Consolidação das Leis Penais, no Decreto 22.213, de 14/12/ 1932, que reformou o Código Penal Republicano de 1890, os crimes da falência ficaram no Capítulo III, do Título XII da nova Consolidação das Leis Penais, nos artigos 336 e 337, com a mesma redação do Código Penal de 1890.

O Código Penal de 1940 não tratou dos crimes falenciais, que foram elencados no Decreto-Lei 7.661, de 21/6/ 1945 (arts. 186 a 191), bem como a forma de proceder quanto às investigações preliminares (inquérito judicial), nos arts. 103 a 113.

Atualmente, no Brasil vigora a Lei 11.101, de 2005, publicada 09/02/2005, mas que entrou em vigor em 09 de junho de 2005. Esta modificação legislativa trouxe inovações como a extinção do processo da concordata, sendo que seus principais princípios norteiam a atividade empresarial, previstos na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 170 e seguintes, cuidando da *recuperação judicial* da empresa, vale dizer, procurará manter a empresa, gerando inclusive a intervenção econômica e, da *liquidação judicial* da empresa que não atende mais aos seus princípios, com sua conseqüente falência.

OS CRIMES DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS NA ATUALIDADE

Importante asseverar que todos os delitos envolvendo a falência e a recuperação de empresa da Lei 11.101/05 tiveram suas penas elevadas, em relação aos crimes do Decreto-Lei 7.661/45, incorporadas novas figuras delituosas, passando a reprimir de maneira muito mais severa aqueles que produzem danos ao crédito público e à comunidade de credores, abolindo figuras delituosas arcaicas e não mais existentes no mundo negocial.

O crime de falência e recuperação de empresa fraudulenta está previsto no art. 168 da Lei 11.101/2005, com pena de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão e multa.

Há possibilidade de aumento da pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), § 1º do art. 168, se o agente: promover corrupção de dados contábeis, alterar balanços, simular capital ou destruir documentos de escrituração contábil.

A legislação brasileira veio a punir a chamada “contabilidade paralela”, ou seja, a movimentação de recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, sendo que no § 3º inclui os profissionais que auxiliarem nessa situação fática, como os contado-

res, técnicos contábeis, auditores e “outros profissionais” que, de qualquer modo, concorrerem para as condutas criminosas.

Há uma “*redução ou substituição da pena*”, no § 4º quando se tratar microempresa ou de empresa de pequeno porte, e não se constatar prática habitual de condutas fraudulentas por parte do devedor, poderá o juiz reduzir a pena de reclusão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) ou substituí-la pelas penas restritivas de direitos, pelas de perda de bens e valores ou pelas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, seguindo o tratamento diferenciado imposto pela Constituição Federal do Brasil de 1988 (art. 170, inc. IX), de acordo com a Emenda Constitucional nº 06, de 1995.

Nos artigos seguintes sob a rubrica “*violação de sigilo empresarial*” (art. 169) e “*divulgação de informações falsas*” (art. 170), há verdadeira proteção do exercício comercial e do devedor, punindo com penas de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, aqueles que divulgam informações falsas sobre a condição do devedor ou revelam segredos comerciais.

No art. 171, sob a rubrica de “*indução a erro*” pune-se aquele que omitir informações ou prestar informações falsas, no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, a assembléia de credores, o Comitê ou o administrador judicial, com pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

No art. 172 está o crime de “*favorecimento a credores*” feito entre o devedor e credor, com pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, para ambos.

Seguem os tradicionais crimes de desvio, ocultação ou apropriação de bens (art. 173) e aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens (art. 174), sendo a novidade da legislação brasileira a criação da *utilização* dos bens da massa falida, inexistente até então.

No art. 175 há a costumeira penalidade de habilitação ilegal de crédito e no art. 176 o exercício ilegal de atividade, eis que a Lei 11.101/05 impede, desde o momento da quebra qualquer exercício comercial (art. 102).

A “*violação de impedimento*” para adquirir ou negociar bens da massa por parte das partes processuais (juiz, Promotor, administrador, etc.) foi objeto de repressão própria (art. 177), com pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

E o crime de “*omissão dos documentos contábeis obrigatórios*” passou a ser crime subsidiário, com uma pena de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave, dada a possibilidade de repressão maior.

CONCLUSÃO

Assim, observa-se que a nova legislação brasileira tem uma visão muito mais próxima da realidade empresarial, passando a cultivar uma repressão penal apenas em casos de necessidade, tentando moralizar a atividade empresarial com a possibilidade de reprimenda mais gravemente fixada.

A descrição das condutas típicas, na atualidade, segue um padrão contemporâneo e de modernidade, em relação aos modelos anteriores, abolindo do cenário jurídico condutas contraditórias e inexistentes na realidade social.

A formação de novos tipos penais permite uma ampla visão do avanço do sistema penal-falencial brasileiro, que, sem dúvida, poderá servir para uma nova postura de repressão penal.

Chile

Felipe Caballero Brun

Universidad de Salamanca

fcb@usal.es

I. La voz *insolvencias punibles* es originaria del Código Penal español de 1848. Éste fue el primer código hispano que utilizó dicha nomenclatura para conformar el título de la sección primera (arts. 432-437) denominada “*Alzamiento, quiebra e insolvencia punibles*” del Capítulo IV (“*Defraudaciones*”), integrante del Título XIV (“*delitos contra la propiedad*”) del Libro II¹. En la evolución legislativa española el término *insolvencias punibles* se arraigó profundamente, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina y ha servido, básicamente, para incluir bajo una genérica fórmula dos figuras típicas que tradicionalmente se han entendido como inescindibles: el *alzamiento de bienes* y el *concurso punible*².

Ahora bien a pesar de la influencia que el señalado texto ibérico (con las modificaciones de 1850³) tuvo en la Comisión Redactora del Código Penal chileno de 1874⁴ (CRCP 1874), la denominación *insolvencias punibles* no fue acogida por ésta. Pero lo que sí se plasmó en el Código chileno –en relación al *alzamiento de bienes* y a los *delitos concursales*– fue, en definitiva, un modelo de tipificación casi idéntico al contenido en los artículos 432 a 437 del referido CP español.

II. En Chile el delito de *alzamiento de bienes* ha tenido y tiene escasa trascendencia práctica⁵ y, talvez, por lo mismo no exista el correspondiente desarrollo jurisprudencial

ni estudios doctrinales específicos en relación a sus exigencias dogmáticas.

Todo indica que, en su génesis, la CRCP 1874 optó por refundir en un único artículo (el 466⁶ CP, al que además se le agregó en un inciso segundo el delito de otorgamiento de contrato simulado) las hipótesis de *alzamiento* y de *insolvencia* contenidas, respectivamente, en los arts. 432 y 437 del CP español 1848-50. Del mismo modo, en consonancia con su modelo español, esta figura fue ubicada al interior del CP chileno dentro del párrafo 7º (“*de las defraudaciones*”) del Título IX (denominado “*Crímenes y Simples Delitos Contra la Propiedad*”) del Libro II. De este modo el hasta hoy vigente art. 466 del CP chileno contempla –en su primer inciso– las hipótesis de *alzarse* en perjuicio de los acreedores o de *constituirse en insolvencia* (por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes). Por lo tanto quedan abarcadas sin mayor problema –dentro del inciso primero del art. 466– todas aquellas conductas buscadas por el deudor a fin de provocar su insolvencia –real o aparente– y con ello impedir la satisfacción de la obligación (también las que tradicionalmente se han considerado como tal en el derecho comparado: fuga u ocultamiento del deudor y ocultación material o jurídica de sus bienes). Nótese en este sentido que el señalado precepto chileno contempla expresamente la tipicidad de aquellos supuestos (como la ocultación o enajenación maliciosa) que en el derecho español han sido derivados y comprendidos a partir del desarrollo jurisprudencial y doctrinal⁷. *Sujeto activo*, tanto en la hipótesis de *alzarse* como de *constituirse en insolvencia*, sólo puede ser el deudor no dedicado al comercio, característica que se ha entendido acotada a aquel deudor que no ejecuta actos de comercio conforme al derecho mercantil (art. 3º del Código de Comercio). Para un sector doctrinal la punibilidad de esta figura requeriría la previa declaración de quiebra del deudor⁸, con lo cual la diferencia sustancial entre *alzamiento* de bienes y delito concursal se daría sólo en torno al sujeto activo. Otro sector doctrinal, con el cual coincidimos, estima que la previa declaración de quiebra no sería requerida⁹, cuestión que aparece reforzada por la necesidad de diferenciar objetivamente esta figura de muchos de los supuestos sobre los que se construyen los delitos concursales¹⁰.

III. En cuanto a los *delitos concursales* (o de quiebra) la CRCP estableció –al igual que el modelo español¹¹– un sistema que contenía remisiones al Código de Comercio (el que a su vez reservaba la quiebra únicamente al deudor dedicado al comercio). Así el art. 463 del CP chileno de 1874 castigaba (con presidio o extrañamiento menor en cualquiera de sus grados) al quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta con arreglo al Código de Co-

mercio y el art. 464 castigaba (con presidio o extrañamiento menor en su grado mínimo a medio) al quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable según el Código de Comercio. De este modo los delitos concursales surgen configurados como meros “complementos sancionadores de las propias conductas mercantilmente ilícitas”¹². En 1931 la Ley Nº 4.558 –encargada de regular a quiebra desde la perspectiva mercantil– estableció fuera del Código la penalización de los delitos concursales y estableció el sistema de presunciones de quiebra culpable o fraudulenta¹³. Posteriormente, en 1982, la Ley Nº 18.175 de 1982 (en adelante LQ) reemplazó a la anteriormente mencionada y mantuvo, en lo penal sustantivo, un modelo muy similar a su antecesora.

La LQ se encuentra actualmente vigente y regula los *delitos concursales* o relativos a la *quiebra* en los artículos 218 y siguientes. Estos delitos son básicamente la *quiebra culpable*, castigada con pena de presidio menor en cualquiera de sus grados (privación de libertad de 61 días a cinco años), y la *quiebra fraudulenta*, sancionada con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (privación de libertad de 541 días a 10 años).

Existe alguna discusión en la doctrina respecto a la identidad del bien jurídico protegido por estos delitos. Algunos autores sostienen que ésta sería de índole patrimonial¹⁴ mientras otros afirman que se trataría de figuras pluriofensivas, en las cuales convergería la protección patrimonial de los acreedores junto a intereses económicos y sociales¹⁵. Otra posición ha sugerido la necesidad de diferenciar entre aquellos comportamientos que se verifican con antelación a la declaración formal de quiebra (que son los más numerosos conforme a la regulación legal chilena) y los que tienen lugar después de la misma¹⁶. Los primeros afectarían al sistema crediticio y de ahí el carácter socioeconómico de los delitos concursales en las hipótesis apuntadas¹⁷; mientras los segundos serían infracciones que afectarían específicamente la dimensión procesal del concurso, con lo que se buscaría proteger a la Administración de Justicia¹⁸.

Indicábamos anteriormente que la LQ sancionaba la *quiebra culpable* y la *quiebra fraudulenta*, pero extrañamente este cuerpo legal no ha definido ni señalado pormenorizadamente, como correspondería según las exigencias derivadas del principio de legalidad, cuál es la materia prohibida de dichas infracciones. Por lo tanto la determinación de los *comportamientos punibles* subyacentes a las mencionadas figuras se convierte en una tarea caracterizada por la poca certeza. La LQ recurre a un confuso sistema en que a partir de conductas específicas –generalmente coincidentes con los hechos tradicionalmente denominados “de bancarrota”¹⁹– se presume la

quiebra culpable (art. 219) o la *quiebra fraudulenta* (art. 220).

Así el art. 219 LQ presume la quiebra *culpable* en los siguientes casos: 1) Si el deudor ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos; 2) Si los gastos domésticos o personales del fallido hubieren sido excesivos, habida consideración a su capital, a su rango social y al número de personas de su familia; 3) Si el fallido hubiere perdido fuertes sumas en cualquier especie de juego, en apuestas cuantiosas o en operaciones aventuradas de bolsa; 4) Si el deudor no hubiere solicitado su quiebra, en el caso del artículo 41, o si la manifestación que hiciera no reuniese las condiciones que prescribe el artículo 42; 5) Si el deudor fuere declarado en quiebra, por segunda vez, sin haber cumplido las obligaciones que hubiere contraído en un convenio precedente; 6) Si se ausentare o no compareciere al tiempo de la declaración de quiebra o durante el curso del juicio, o si se negare a dar al síndico explicaciones sobre sus negocios; 7) Si hubiere prestado fianzas o contraído por cuenta ajena obligaciones desproporcionadas a la situación que tenía cuando las contrajo, sin garantías suficientes; 8) Si hubiere hecho donaciones desproporcionadas a su situación de fortuna, considerada en el momento de hacerlas; 9) Si no tuviere libros o inventarios o si teniéndolos, no hubieren sido llevados los libros con la regularidad exigida de tal suerte que no manifiesten la verdadera situación de su activo y pasivo. Respecto de quienes no estén obligados a llevar libros de contabilidad, se aplicarán las normas sobre tributación simplificada establecidas por el Servicio de Impuestos Internos; 10) Si no se conservare las cartas que se le hubieren dirigido con relación a sus negocios; 11) Si hubiere omitido la inscripción de los documentos que ordena la ley, y 12) Si agravase el mal estado de sus negocios durante el período a que se refiere el inciso primero del artículo 177 bis. Por su parte el art. 220 LQ presume *fraudulenta* la quiebra del deudor: 1) Si hubiere ocultado bienes; 2) Si hubiere reconocido deudas supuestas; 3) Si hubiere supuesto enajenaciones, con perjuicio de sus acreedores; 4) Si hubiere comprometido en sus propios negocios los bienes que hubiere recibido en depósito, comisión o administración, o en el desempeño de un cargo de confianza; 5) Si, posteriormente a la declaración de quiebra, hubiere percibido y aplicado a sus propios usos, bienes de la masa; 6) Si, después de la fecha asignada a la cesación de pagos, hubiere pagado a un acreedor, en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una deuda; 7) Si ocultare o inutilizare sus libros, documentos y demás antecedentes; 8) Si, con intención de retardar la quiebra, el deudor hubiere comprado mercaderías para venderlas por menor precio que el corriente, contraído préstamos a un interés superior al corriente de plaza, pues-

to en circulación valores de crédito o empleado otros arbitrios ruinosos para hacerse de fondos; 9) Si, inmediatamente después de haber comprado mercaderías al fiado, las vendiere con pérdidas; 10) Si, antes o después de la declaración de quiebra, hubiere comprado para sí por interposición de un tercero y a nombre de éste, bienes de cualquier clase; 11) Si no resultare de sus libros la existencia o salida del activo de su último inventario, o del dinero y valores de cualquier otra especie que hubieren entrado en su poder posteriormente a la facción de aquél; 12) Si, en estado de manifiesta insolvencia, hubiere hecho donaciones cuantiosas; 13) Si hubiere celebrado convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de la masa; 14) Si se ausentare o fugare, llevándose una parte de sus haberes; 15) Si el deudor, dentro del ejercicio en el cual cese en el pago de sus obligaciones o en el inmediatamente anterior, hubiere omitido, falseado o desvirtuado información de aquella que ha debido proporcionar de conformidad a la ley, acerca de su real situación legal, económica o financiera, y 16) En general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo.

Debe señalarse categóricamente que todas estas presunciones son meramente legales, ya que el art. 19 N° 3 de la Constitución chilena prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. A pesar de ello este confuso sistema ha permitido interpretaciones equívocas al momento de determinar el núcleo de la prohibición en ambas figuras y su contenido subjetivo. Incluso se ha llegado a sostener que los artículos 219 y 220 de la LQ, más que contener un listado de presunciones, cumplirían una función tipificadora²⁰ o que los mismos responden a estructuras de hipótesis múltiple o de tipicidad reforzada donde la verificación de cualquiera de ella podría configurar el tipo²¹. Ciertamente ninguna de las dos ideas indicadas puede ser aceptada, toda vez que ellas a fin de darle contenido al injusto de las infracciones recurren a una interpretación que transforma los supuestos fácticos sobre los que se construye la presunción en conductas típicamente relevantes; a pesar de que es la propia LQ la que se refiere a dichos supuestos fácticos como presunciones (“*La quiebra se presume...*”). Una solución a este magno problema, por lo menos para la quiebra fraudulenta, surgir a partir de entender que la materia de la prohibición en esta figura está fijada por la cláusula general contemplada en el art. 220 N° 16; de este modo el *comportamiento punible*, más allá de las presunciones respectivas, consistiría en la *ejecución dolosa de cualquier operación que disminuya el activo o aumente el pasivo del quebrado*²².

Por otro lado, específicamente en el ámbito de la tipicidad subjetiva de la *quiebra culpable*, existe una verdadera dispersión de opiniones doctrinales contradictorias. Al-

gunas admiten únicamente su comisión culposa²³ y otros estiman que se podría cometer culposamente, dolosamente e incluso también con dolo eventual²⁴. La verdad es que, como acertadamente propone Puga Vial, un análisis sistemático de esta cuestión (considerando que el régimen de imputación de responsabilidad penal a título de culpa es excepcional en Chile; art. 10 N° 13 CP) obliga a aceptar que la figura de *quiebra culpable* constituye una infracción dolosa.

Ahora bien, en relación al *sujeto activo*, tanto en la *quiebra culpable* como en la *quiebra fraudulenta*, éste se encuentra acotado (arts. 41 y 218 de la LQ) al deudor declarado formalmente en quiebra que además ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola. La declaración formal de quiebra, así como la determinación de la calidad de comerciante (industrial, minero o agricultor) implican una decisión jurisdiccional que es resuelta, de manera previa al inicio del proceso penal, en el juicio civil de quiebra. Excepcionalmente, según el inciso segundo del art. 234 LQ, podrá integrar también el círculo del *sujeto activo* aquel deudor no comerciante (industrial, minero o agricultor) que ha sido declarado en quiebra con fundamento en la causal (relativa a la fuga del deudor) prevista en el N° 3 del art. 43 LQ²⁵.

Si se aprecia el panorama anteriormente descrito desde la necesidad de preservar el valor de la seguridad jurídica se podrá advertir que la regulación chilena en materia de *delitos concursales (o de quiebra)* es altamente insegura y riesgosa. Lamentablemente el riesgo se ve aumentado en la medida que la jurisprudencia tampoco ha cumplido un papel clarificador en la materia. Son escasas las sentencias condenatorias por estos delitos y más escasa aún la elaboración de algún criterio jurisprudencial en torno a las cuestiones problemáticas que hemos apuntado. Obsérvese que, por ejemplo, en el año 2002 -de 24 causas terminadas por delitos contemplados en la LQ- sólo una finalizó en condena (otra terminó en sentencia absolutoria y el resto sobreesidas), en 2003 -de 20 causas terminadas- sólo hubo dos condenatorias (el resto sobreesidas) y en 2004 -de 56 causas terminadas- 8 finalizaron en condena (1 en absolución y el resto sobreesidas)²⁶.

IV. Por último no podemos dejar de hacer referencia que el Anteproyecto de Código Penal chileno de 2005²⁶ sí utiliza la voz *insolvencias punibles* como denominador común de aquellos delitos referidos a la insolvencia del deudor y que se encuentran ubicados en el § 4 del TÍTULO XIII²⁷. El mencionado § 4 contiene (junto a figuras impropias o reglas particulares de extensión de la punibilidad dirigidas a sujetos activos que no tienen la específica calidad de deudor) una figura típica (art. 304) que gira en torno a la producción o agravamiento de la insolvencia del deudor, otra (art. 305) que construye su tipicidad a par-

tir de los tradicionalmente conocidos actos de bancarrota (aunque, extrañamente, sin exigir necesariamente la declaración de quiebra) y otra (art. 306) que consiste en una modalidad culposa de las dos anteriores.

Notas

1. Cfr. Caballero Brun, *Las Insolvencias Punibles en el Anteproyecto de Código Penal Chileno: Antecedentes Históricos a Tener Presente*, en VV AA (Coord: Balmaceda Hoyos, Gustavo), "Problemas Actuales de Derecho Penal", Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2006.

2. Debe hacerse presente que, hasta antes de la vigencia en España de la Ley concursal 22/2003, también se incluía (legislativa y doctrinalmente) en dicha denominación la quiebra (concurso del comerciante) punible y la suspensión de pagos punible.

3. Las modificaciones introducidas en 1850 al CP español de 1848 no fueron sustanciales y por lo mismo, en la historiografía especializada, se suele hacer referencia a la versión modificada como CP 1848-50 (también a veces se alude a éste, pero en menor frecuencia como CP de 1850).

4. Así Grisolia Corbatón; *La Reforma Penal en Chile*, en ADPCP 1967, pp. 295-296.

5. Resulta ilustrativa de esta poca trascendencia el hecho de que entre 2002 y 2004 sólo se ha registrado en Chile 1 condena por delito de alzamiento de bienes. Cfr. el "Anuario de Justicia", Instituto Nacional de Estadísticas, Santiago de Chile, correspondiente a los años 2002, 2003 y 2004.

6. Art. 466. "El deudor no dedicado al comercio que se alza con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o que se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados".

"En la misma pena incurrirá si otorgare, en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados".

7. Sobre ello vid. Muñoz Conde; "El Delito de Alzamiento de Bienes", Bosch, 2ª edición, Barcelona, 1999, pp. 114-119.

8. Vid. Etcheberry, Alfredo; "Derecho Penal. Parte Especial", T. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 386.

9. Cfr. Garrido Montt, Mario; "Derecho Penal", T. IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000, p. 285.

10. Sobre los posible concursos entre el art. 466 CP (*alzamiento y constituirse en insolvencia*) y los delitos concursales vid. Puga Vial, Juan Esteban; "Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pp. 306-310.

11. Cfr. Caballero Brun; op. cit., específicamente sección II.3. relativa a "La Codificación Penal en España".

12. Cfr. Quintero Olivares; *Polémica Presencia del Derecho Penal en los Problemas Concurales*, en RDPC, 2ª época, N° 2, Julio de 1998, p. 102.

13. Vid. Puga Vial; op. cit., pp. 98 y ss.

14. Vid. Etcheberry; op. cit., p. 380.

15. Así Garrido Montt; op. cit., p. 298.

16. Cfr. Puga Vial; op. cit., pp. 61 y ss.

17. Cfr. Puga Vial; op. cit., p. 64.

18. Cfr. Puga Vial; op. cit., pp. 66-67.

19. En profundidad sobre los hechos de bancarrota y su evolución histórica vid. Caballero Brun; op. cit., específicamente secc. II.2.

20. Vid. Etcheberry; op. cit., p. 382.

21. Así Puga Vial; op. cit. pp. 300-301 y Garrido Montt; op. cit., p. 304.

22. En contra Puga Vial; op. cit., pp. 181-183.

23. En este sentido Etcheberry; ob. cit., p. 382.

24. Garrido Montt; ob. cit., pp. 309-310.

25. Art. 43. "Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos:"

Nº 3: "Cuando el deudor se fugue del territorio de la República o se oculte dejando cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado persona que administre sus bienes con facultades para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas".

26. Las cifras se obtienen a partir de un análisis comparativo de la información contenida en el Anuario de Justicia del Instituto Nacional de Estadísticas (Santiago de Chile), correspondiente a los años 2004, 2003 y 2002. Los documentos aludidos pueden ser revisados en www.ine.cl

27. Se refiere al texto refundido y sistematizado del artículo aprobado en las deliberaciones de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia de Chile, desde el 8 de mayo de 2003 hasta el 10 de noviembre de 2005.

28. Dicho título se denomina "de los delitos contra la propiedad intelectual, industrial, el sistema financiero y otros intereses económicos".

Se contempla la responsabilidad –en el enunciado 234 y con pena de uno a cuatro años de prisión- del deudor no comerciante concursado civilmente que cometa alguna de esas mismas conductas.

El siguiente numeral es dedicado a penalizar la connivencia maliciosa entre acreedores, deudores, terceros y personeros legales -incluyendo tutores y curadores- que concerten transacciones o convenios otorgando ventajas especiales (la sanción es de tres meses a dos años de prisión o de sesenta a ciento cincuenta días multa).

Sin tratarse exactamente de tipos penales directamente referidos a las insolvencias punibles, se encuentran en la Sección III de este Título ya referido los llamados "Delitos contra la confianza pública" entre los que se cuentan tres figuras reformadas en el año 1998 que guardan estrecha relación con el tema, a saber: 239-Ofrecimiento fraudulento de efectos de crédito; 240- Publicación y autorización de balances falsos, y 241-Autorización de actos indebidos.

La primera de ellas sanciona con prisión de seis meses a dos años que puede ser aumentada hasta el doble cuando se trata de una oferta pública de valores, el ofrecimiento de valores de crédito disimulando u ocultando abiertamente hechos verdaderos o afirmando o haciendo entrever hechos falsos.

Por su parte el artículo 240 está dirigido contra los personeros y representantes legales de entidades comerciales, mercantiles o cooperativas que publiquen o autoricen la publicación de balances falsos o incompletos. Se dispone una pena igual (incluyendo la eventual agravación) a la del apartado 239.

Finalmente la tipicidad de la Autorización de actos indebidos se dirige también contra los personeros legales de entidades como las mencionadas en el párrafo anterior que consientan o concurran a la realización de actos contrarios a la ley o los estatutos de la entidad y de los que se pueda derivar perjuicio para la misma o para el público. Se repite la penalidad acordada para los casos anteriores.

Una somera revisión jurisprudencial nos permite afirmar que en la práctica la aplicación de la legislación en estudio se ha enfrentado desde el punto de vista dogmático al tema del concurso de delitos.

En efecto, muchas de las actividades o conductas descritas en los tipos penales antes enunciados pueden constituir maniobras engañosas con la finalidad de perjudicar a terceros y en ese tanto ser también configurativas de defraudaciones como la estafa. Específicamente se ha señalado la utilización de la publicidad sobre la supuesta solidez de una entidad como el elemento engañoso para llevar a los ofendidos a invertir (por ejemplo despliegue publicitario, hermosos edificios y atentos empleados, altas tasas de interés, la diversidad de inversiones y empresas, etc, que muestran una solvencia económica inexistente).

Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora

1. Aspectos legales

El Código Penal costarricense en vigencia desde el año 1971 dedica el Título VIII a la regulación de los llamados "Delitos contra la buena fe de los negocios", dentro del cual se ubica la Sección I que contiene los tipos penales de la Quiebra y la Insolvencia.

El numeral 231 sanciona al comerciante que declarado en quiebra y en fraude de sus acreedores simule operaciones que comprometan sus activos; sustraiga u oculte bienes; conceda ventajas indebidas a algún acreedor o destruya o inhabilite, inutilice o haya llevado de manera inidónea cualesquiera de los instrumentos contables de su negocio. La pena estipulada es de prisión de dos a seis años e inhabilitación para el ejercicio del comercio de tres a diez años.

El artículo 232 sanciona con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación de uno a cinco la modalidad culposa de la quiebra, tipificando la insolvencia producida por gastos excesivos, especulaciones ruinosas y cualquier acto de negligencia e imprudencia manifiesta. De igual modo se adjudica la misma sanción a los personeros legales, curadores y tutores que hayan incurrido en las conductas descritas anteriormente (artículo 233).

Partiendo de estos supuestos los tribunales han reconocido que los aspectos dogmáticos esenciales de las figuras en estudio llevan a establecer la posibilidad de la concurrencia material por un lado de la quiebra que lesiona la buena fe en los negocios y del otro la estafa continuada que lesiona el patrimonio. En casos concretos se ha descartado la existencia de una relación de especialidad, pues los bienes jurídicos afectados son los dos ya mencionados, de modo que el injusto de la estafa (que de por sí tiene una penalidad mayor) no puede abarcarse o subsumirse por la quiebra fraudulenta, pues ésta última protege no sólo a quienes fueron defraudados en su patrimonio, sino a toda la masa de acreedores, que aún no siendo engañados, sí resultaron perjudicados por las maniobras indebidas que no permitieron reconstruir el acervo patrimonial de la institución fallida.

Este último aspecto aquí avizorado de la pluralidad de ofendidos implica obviamente la consideración de calificar el hecho como una figura continuada.

Otros posibles concursos de delitos involucrarían por ejemplo las figuras del libramiento de cheques sin fondos, falsificación de documentos, uso de documentos falsos, etc.

En este mismo orden de ideas ha merecido especial consideración la diferencia entre los delitos que interesan a este reporte y la figura de la administración fraudulenta que establece un delito especial propio al delimitar el círculo posible de autores a quienes manejen, administren o cuiden bienes ajenos de donde la jurisprudencia ha concluido que los tipos penales denominados Delitos contra la buena fe de los negocios aun cuando contemplen conductas similares a las descritas en el artículo que reprime la administración fraudulenta, se distinguen de esta última porque al quebrado o insolvente no le competía el deber de administrar, cuidar o manejar el patrimonio ajeno, sino que se le reprime por no velar por el suyo propio, en fraude de sus acreedores o con manejos culposos que determinaron su situación.

2. Aspectos criminológicos

En una sociedad moderna como en la que incluso un país tercermundista como Costa Rica se ve inmersa, las relaciones económicas se caracterizan por su complejidad, la asimetría entre las partes involucradas y la tendencia a la globalización. Por eso si bien es cierto los tipos penales que nos han ocupado en este reporte no necesariamente suponen una pluralidad de sujetos activos o víctimas ni tampoco están diseñados exclusivamente para referirse a las situaciones comerciales, el aspecto que desde el punto de vista criminológico puede despertar mayor interés lo es

justamente el de su aplicación para los casos en que se trata de situaciones de ese tipo.

Obsérvese entonces como un primer punto a considerar la posibilidad de eventos gravemente dañosos en cuanto involucren a toda una masa de inversionistas o ahorrantes y al consecuente impacto que una quiebra fraudulenta podría tener en la economía nacional. Si juzgamos con base en la jurisprudencia revisada nos sirve de ejemplo como en solo uno de los asuntos se determinó la existencia de al menos doscientas tres estafas, de la mano de lo cual se llegó también a establecer la existencia de una importante cantidad de afectados que no interpusieron ninguna denuncia.

Esto nos da pie entonces para señalar como aspecto criminológico de interés la posible presencia en este tipo de casos de una importante cifra oculta de perjudicados que por razones de acceso a la justicia, posibilidades económicas o características sociales no se hacen oír ante los tribunales. Íntimamente ligado con esto no pueden dejar de verse las dificultades procesales que acarrea el juzgamiento de hechos con pluralidad de agentes activos pero sobre todo con una masa de ofendidos o víctimas como decimos puede ser el caso del procesamiento de este tipo de hechos.

Un segundo tema a considerar desde una vertiente criminológica tiene que ver con el tópico de la existencia de una estructura organizacional como obstáculo a la investigación criminal. Siendo como suelen serlo las corporaciones y entidades financieras, una trama compleja de relaciones económicas, actividades diversas, esquemas de contratación variados, organigramas complejos, etc. nos encontramos en un terreno que se convierte en caldo de cultivo idóneo para que la persecución criminal y la atribución de responsabilidades delictivas se vea diluido y entorpecido.

Como dijimos en el primer apartado de este reporte, las insolvencias punibles dentro de un contexto económico de una sociedad capitalista guarda estrecha relación con otras figuras.

Su relación con los tipos penales de las defraudaciones y la publicación de balances, estados de cuentas y publicidad falsa o engañosa deriva del hecho de que las corporaciones e instituciones que de un modo u otro controlan el mercado del intercambio de bienes y servicios encuentran como aliado indiscutible de su giro comercial el recurso a la publicidad, así como del hecho de que deben cumplir con una serie de regulaciones estatales que les suponen la obligación de hacer públicos ciertos informes.

La realidad económica mundial ha evidenciado la existencia de una serie de fraudes relacionados con la alteración de estados contables con la finalidad de presentar un panorama irreal o ficticio de la situación económica y fi-

nanciera y, con ello, burlar a las instancias estatales de control y continuar ejerciendo las actividades (captando recursos) sin que el público -que, de otro modo, jamás habría asumido tal riesgo- tuviese conocimiento de la falta de liquidez y la descapitalización de entes financieros, sociedades corporativas, bancos y en general instituciones comerciales; o que bien tuvieron como efecto que desaparecieran los dineros.

En nuestro país en la coyuntura social, económica y política actual el tema de las instituciones financieras y comerciales y los eventuales riesgos que las mismas conllevan cuyas consecuencias podrían ser constitutivas de tipos penales como los que nos ocupan asume la mayor relevancia. Esto por cuanto Costa Rica se encuentra abocada a la discusión de la aprobación del llamado Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana cuya consecuencia más clara es el ingreso al mercado local de gran cantidad de bienes y servicios en condiciones altamente ventajosas para el capital internacional.

Esto supondría no solamente la llegada de una serie de intermediarios comerciales en actividades usuales como lo son cadenas de supermercados, empresas maquiladoras, fabricantes de diversos bienes y servicios sino además -y es aquí donde mayor importancia tiene el tema de las insolvencias punibles- la apertura del mercado en áreas altamente sensibles y hasta ahora reservadas al dominio estatal.

Específicamente el llamado Tratado de Libre Comercio pretende la apertura del mercado de las telecomunicaciones y de los seguros en lo que significará entonces un nuevo contacto entre los consumidores y empresas que tendrán que ser de gran capital, que en el caso de los seguros captarán el ahorro público y en el de las comunicaciones brindarán un servicio de primera necesidad y generador de grandes ganancias.

Las consecuencias que para el público consumidor y para la estructura económica nacional podrían devenir de una quiebra o declaratoria de insolvencia de los intermediarios en estos campos podría ser de incalculables proporciones. A esto debemos unir dos hechos de innegable trascendencia: a) por la naturaleza de nuestra economía tercermundista necesariamente serán corporaciones internacionales las que se instalarán en nuestro país a brindar estos servicios, con domicilios legales y raigambre financiera más allá de nuestras fronteras con el consiguiente riesgo para el consumidor y usuario en lo que respecta al acceso a la justicia en caso de conflictos legales (como en una quiebra fraudulenta);

b) entre las exigencias contenidas en el llamado Tratado de Libre Comercio se encuentran una serie de disposiciones que de manera vinculante establecen la obligación pa-

ra las partes involucradas en un conflicto legal de acudir a la vía del arbitraje, excepcionando la aplicación del sistema legal nacional. De este modo, ya no solo existiría el riesgo de no encontrar patrimonio arraigado en el territorio nacional contra el cual dirigirse por parte de las víctimas de eventuales acciones delictivas, sino incluso la imposibilidad de poder costear el proceso de arbitraje para la discusión de los problemas legales propios o derivados de un proceso criminal.

Finalmente un área -que en realidad no depende directamente del llamado Tratado de Libre Comercio pero que responde como aquel a la dinámica de globalización mercantilista actual, de transnacionalización del capital y de renuncia del poder público a parcelas de saber y poder que le han sido inherentes- en el que también podemos encontrar un nuevo campo de preeminencia de entidades comerciales y financieras y por lo tanto una eventual aplicación de la legislación penal en materia de insolvencias punibles es en el de la Concesión de Obra Pública.

El estado costarricense ha echado mano de esta figura legal a través de la cual entrega a manos privadas por la vía de la concesión la construcción, equipamiento, administración y manejo de proyectos públicos de gran envergadura (por ejemplo la construcción de un aeropuerto y carreteras, la modernización de la infraestructura portuaria, etc). El entramado de sujetos económicos involucrados, de estructuras de financiamiento, de contrataciones y subcontrataciones que esto implica supone una puesta en el escenario económico de toda una gama de entidades cuyas operaciones pueden ser susceptibles de generar responsabilidad penal a partir de los tipos penales en estudio.

Ecuador

Dra. Patricia Zambrano

Catedrática de Derecho Penal

Universidad del Pacífico-Ecuador

INTRODUCCIÓN

La base de un Estado de Derecho, es el imperio de la ley, a la que deben someterse tanto los gobernados como los gobernantes. Sin embargo, estos últimos, en materia económica, no están sometidos a las mismas leyes que los gobernados. Un Estado puede quebrar culpable o fraudulentamente, como ha ocurrido en Ecuador y Argentina, como ejemplos muy recientemente vividos en América, sin que por ello sus dirigentes, tengan que responder ante los

acreedores o ante la justicia. No es extraño, pues, que las devaluaciones y los impagos de la deuda pública hayan sido moneda corriente a lo largo de la historia.

En el caso del Ecuador, específicamente, luego de un feriado bancario que duró quince días, dejando a todos sus connacionales sin la posibilidad de retirar de sus cuentas un solo centavo y que se produjo en marzo de 1999, y que trajo como corolario, que mucha gente se quedara en la pobreza más grande, que muchos de los jubilados se suicidaran, porque sus ahorros de toda una vida de trabajo, fueron arrancados de la manera más indignante, madres desesperadas porque veían morir a sus hijos sin poder comprar las medicinas que se requerían, es decir, un cuadro dantesco, tan sólo superado en épocas de barbarie.

Los gobernantes que provocan la ruina de su país —ya que la justicia no les va a perseguir—, deberían retirarse de toda actividad política por el resto de su vida e ir a la cárcel y servir de ejemplo de lo que jamás se debe hacer.

Lastimosamente, el violento e inmoral siglo XX (cambalache problemático y febril, el que no trinca es un gil), hizo mofa del honor, de la vergüenza y del cumplimiento de los contratos.

Los ecuatorianos, vamos de tumbo en tumbo, sin norte alguno, hay momentos de asomo de cordura y de a poco los ciudadanos vamos revistiéndonos del empoderamiento que nos otorga la Constitución Política del Estado, a través del ejercicio de nuestros derechos, pero desafortunadamente, vuelve la partidocracia hacer de las suyas y las buenas intenciones sucumben ante tanta estulticia y falacia.

Después de un enfrentamiento entre el pueblo y el gobernante de turno, en enero del 2000, sucumbió nuestra moneda el **sucre** y adoptamos el **dólar**, que para ese entonces fue la salida más salomónica que se encontró para salir del estado de postración al que fuimos sometidos..

El sentido común, el menos común de los sentidos, nos dicta que el pirómano nunca puede ser un buen bombero. Los acreedores de Ecuador, deberían abstenerse de hacer melifluas o eufemistas declaraciones de solidaridad, de colaborar o de prestar un solo dólar más, hasta que la clase política que ha causado la ruina del país, no se retire definitivamente de la escena.

LA QUIEBRA EN EL ECUADOR

Este es un delito, que no se puede iniciar directamente en materia penal, por lo que se trata de un asunto prejudicial, es decir, primero se tiene que ventilar en materia civil y ordenar el juez en esta materia para que se inicie la acción penal.

Con los antecedentes brevemente expuestos, de nuestra realidad política, paso a tratar cómo se juzgan esta clase de delitos en nuestro país:

El artículo 576 del Código Penal tipifica a la “Quiebra”, del siguiente modo:

“Los comerciantes que, en los casos previstos por las leyes, fueren declarados culpables o responsables de quiebra, serán reprimidos:

Los de quiebra culpable, con prisión de uno a tres años; y,

Los de alzamiento o quiebra fraudulenta, con reclusión menor de tres a seis años”.

Comerciante, el Código de Comercio Ecuatoriano dice: “La Ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen por cuenta propia actos de comercio haciendo de ello profesión habitual”.

La misma Ley, continúa expresando en otro de sus artículos: “Se llama en general comerciante, toda persona que hace profesión de la compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor o menor. Son también comerciantes los libreros, merceros y tenderos de toda clase, que venden mercaderías que no han fabricado”.

La mencionada Ley, añade, más adelante: “Toda persona que, según las disposiciones del Código Civil, tienen capacidad para contratar, la tiene también para ejercer el comercio”.

LEY.- El Código Civil Ecuatoriano, en su Art. 1 expresa: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

CULPABLE.- En el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, hay lo que sigue: “Autor de una mala acción. Responsable de un delito o falta, a quien resulta agente de uno u otro, para exigirle la correspondiente responsabilidad, tanto civil como penal”. Dentro del Derecho punitivo, culpabilidad significa la calificación de dolosa o culpable de la acción u omisión.

QUIEBRA.- En Derecho Mercantil, acción y situación del comerciante que no puede satisfacer las deudas y obligaciones contraídas ya por el vencimiento de algunas no dispone de fondos o bienes que le son debidos, ya por notoria falta de recursos económicos, en que propiamente existe.

QUIEBRA FRAUDULENTA.- Por la actitud dolosa revelada, constitutiva de estafa o despojo para sus acreedores en quienes de alguna de estas circunstancias, por ejemplo: 1.- Alzarse con todos o parte de sus bienes. 2.- Incluir en el balance, memorias, libros u otros documen-

tos relativos a su giro o negociaciones, bienes, créditos, deuda, pérdidas o gastos supuestos, etc.

ALZAMIENTO.- Sublevación, sedición o rebelión. Puja en subasta, remate o almoneda.

PRISION.- Cárcel u otro establecimiento penitenciario donde se encuentran los privados de libertad; ya sea como detenidos, procesados o condenados.

RECLUSION.- Condena a pena privativa de libertad. Imposición de la pena de reclusión, la más grave y prolongada dentro del sistema penitenciario.

RECLUSION MAYOR.- La más larga de las penas privativas de libertad en el Código Penal Ecuatoriano y el más grave de sus castigos, su duración es de hasta 16 años.

RECLUSIÓN MENOR.- Pena privativa de libertad que, en el Código Penal sin que su duración y gravedad sea igual a la reclusión mayor. Su extensión es de tres a seis años y de seis a nueve años.

Finalmente, hay que afirmar el hecho de que en nuestro país, la quiebra constituye delito sea de origen culpable (descuido, imprudencia) sea de origen fraudulento (dolo).

ARTICULO 577.- (Quiebra de persona jurídica).- *“Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad o de una persona jurídica que ejerza el comercio, todo director, administrador o gerente de la sociedad o persona jurídica fallida, o contador o tenedor de libros, que hubieren cooperado a la ejecución de alguno de los actos culpables o fraudulentos que determinen la quiebra, ser reprimido con la pena del quebrado fraudulento o culpable, en su caso”.*

El Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas señala:

COMERCIO.- Negociación o actividad que busca la obtención de ganancia o lucro en la venta, permuta o compra de mercaderías. Establecimiento, tienda, almacén, casa o depósito dedicado al tráfico mercantil. Conjunto de comerciantes de una plaza, nación o época. Clase constituida por los profesionales del comercio. Operación Mercantil.

ADMINISTRADOR.- El que cuida, dirige y gobierna los negocios de otro. Siendo la administración verdadero mandato, el administrador no es más que un mandatario, con sus obligaciones y sus derechos. Funcionario que tiene a su cargo una rama de la Administración Pública o alguna actividad de la misma.

GERENTE.- Quien dirige, con arreglo a los estatutos o poderes otorgados, los negocios de una sociedad o empresa mercantil y lleva la firma de la entidad o establecimiento.

FALLIDA.- Frustrado, fracasado; sin efecto ni resultado. Incobrable, referido a créditos o cantidades. Quebrado o comerciante que suspende su giro o tráfico por no poder o no querer pagar sus deudas.

CONTADOR.- Quien por ocupación o empleo lleva la contabilidad de una empresa particular o de una oficina pública. Sus funciones se resumen, aun complejas y delicadas en la práctica, en la anotación justificada de todos los gastos e ingresos, en la ordenada relación de créditos y deudas, en la verificación del estado contable estableciendo la diferencia entre el activo y pasivo, el saldo favorable o negativo correspondiente.

TENEDOR DE LIBROS.- Quien tiene a su cargo los libros de contabilidad de una oficina, sea pública o privada. Contador.

El arquetipo que no ejerce ninguna clase de vigilancias sobre la obra que le ha sido encargada, obra sin duda más culpablemente que el que piensa que acaso se derrumbe por la mala calidad de los materiales, pero confía en que no ocurra en atención a experiencia anterior en este tipo de construcciones.

La mayor o menor gravedad de la conducta culposa tiene mucho mayor interés tanto de lege ferenda como en la medida de la pena en el momento de aplicar la ley. Los criterios para determinar la gravedad han de tomarse de la índole de las precauciones omitidas y su relación con el grado de probabilidad de producción del resultado, así como del nivel intelectual del autor. Cuanto más alta sea la probabilidad de que por la omisión de una diligencia se produzca el resultado y cuanto mayores sean los conocimientos del sujeto que actúa, mayor es la gravedad de la culpa, porque mayores eran las posibilidades que el sujeto tenía de evitar la realización del tipo del injusto. De acuerdo con este punto de vista, la culpa puede clasificarse en grave o lata, menos grave o leve y levísima.

Volviendo al Art. 577 éste reprime de igual manera que al quebrado fraudulento o culpable, en su caso, al Director, Gerente, Administrador o Contador de una Persona Jurídica que hubiere cooperado en algún acto que determinó la quiebra de ésta.

Ya se ha dicho que la responsabilidad penal es personal y de ahí que una sociedad o persona jurídica no sean sujetos activos de delito. Esta disposición – de acuerdo con tal sistema – permite enjuiciar, como personas particulares, a

quienes causaron la quiebra de la sociedad o de la persona jurídica, pero debería pensarse en algún momento la forma más idónea para que el Estado, también responda por los daños que en ocasiones, el principal personero incurra, evitando de este modo, se consagre la impunidad a esta clase de funcionarios, quienes una vez que han delinquido y han sido depuestos u obligados a dimitir, creen que con fugar o alzar el vuelo a otros países, solucionan sus problemas.

España

Adán Nieto Martín

UCLM

1. Los delitos de insolvencia punible se regulan en los artículos 257 y ss del CP español. Entender el sistema de protección del derecho de crédito que se establece en estos preceptos requiere tener bien presente la dualidad existente entre el delito de alzamiento de bienes (art. 257) y el concurso (quiebra) (art. 260), desconocida en la mayor parte del derecho comparado. Los menores requisitos típicos del alzamiento de bienes frente al de concurso, originan que éste sea la figura central, y que la virtualidad práctica del delito de quiebra (concurso) haya sido tradicionalmente muy escasa. A diferencia del concurso el alzamiento de bienes no está subordinado a la iniciación del procedimiento concursal, por lo que puede utilizarse desde el momento en que se produzca el comportamiento típico descrito en el art. 257. Si a esto se une que los procedimientos concursales en España han sido lentos, caros y tremendamente ineficientes, por lo que han sido rehuídos por los propios acreedores, se explica la escasa aplicación del delito de quiebra tanto, en el CP de 1973, como tras el CP de 1995. Tras la reciente Ley concursal es posible que esta solución se altere, al menos en parte. Si el proceso concursal es más utilizado, lo normal será que la intervención del derecho penal surja una vez que éste se inicia. A fecha de hoy, la práctica no refleja, sin embargo, esta tendencia.

2. Tal como ha quedado expuesto el alzamiento de bienes es la figura central, desde el punto de vista práctico, del capítulo de las insolvencias punibles. Sus rasgos principales son los siguientes: a) Puede ser cometido por cualquier acreedor, no diferenciándose la penalidad según si se trata de comerciantes o consumidores. En ambos casos la pena es prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. El alzamiento de bienes de un “particular” o de un comerciante individual, es tratado con el

mismo rigor que el alzamiento que tiene lugar dentro de una gran empresa. b) Es un delito de peligro, que no exige la efectiva causación de un daño patrimonial. Debido a esta estructura no constituye desistimiento, sino simplemente una causa de atenuación de la pena, el pago voluntario por parte del deudor que previamente se ha alzado con los bienes. c) La conducta típica es extraordinariamente amplia. Por “alzarse” se entiende tanto la ocultación física, como la ocultación jurídica de los bienes. En el tipo subjetivo se requiere dolo directo. d) Protege a todo tipo de acreedores públicos (vgr. Hacienda pública, Seguridad Social) y privados, y posee un campo muy importante de aplicación en la salvaguarda del derecho de crédito salarial y la protección de los derechos patrimoniales de los trabajadores. e) Es independiente de la existencia de un proceso concursal (257.3). No obstante, por problemas de coordinación con el tipo de quiebra, se propone que si antes o durante el juicio oral, se abre contra el autor un proceso concursal, se altere la calificación de los hechos por la de quiebra.

3. La estructura del delito de concurso (quiebra) en el Código penal español es de una originalidad nefasta por configurarse como un tipo causal y haber prescindido de la descripción de “hechos de bancarrota”. El art. 260 del CP español exige que el juez demuestre que el autor del delito ha *causado o agravado* la insolvencia o la crisis económica. Esta configuración plantea problemas de distinta índole. Así en primer lugar es normalmente complicado determinar la existencia de una relación causal entre un comportamiento del autor y la situación de insolvencia, pues este estado es normalmente producto de varios factores. No obstante, el problema más importante del art. 260 se encuentra en la ausencia de determinación de la conducta típica. Pues, si en vez de causar la insolvencia, el juez opta por aplicar la modalidad de *agrarar* la insolvencia, lo cierto es que cualquier comportamiento del deudor, realizado aun cuando no existe ningún riesgo para el derecho de los acreedores formaría parte del tipo objetivo, de modo tal que los únicos límites a la punibilidad procederían del siempre incierto tipo subjetivo, es decir, de la circunstancia de que el autor no se representara la causación de la situación de crisis. Por estas razones un sector doctrinal propone una interpretación a tenor de la cual la conducta típica debe realizarse en un momento de crisis económica, por lo que quedarían fuera del tipo comportamientos realizados en periodos en los que la empresa o deudor no atraviesa ningún tipo de dificultad. Y, segundo, que el comportamiento típico deba ser contrario a una gestión ordenada, de este modo acciones de salvamento de la empresa arriesgadas, pero conforme a deber, quedarían con independencia de cual fuese su resultado, y la representación del autor al respecto fuera del tipo penal.

Más con ser estas los aspectos críticos más destacables del art. 260 debe reseñarse también que resulta discutible: (a) la opción de no sancionar la quiebra imprudente, lo que puede provocar o bien lagunas importantes de punibilidad o bien un uso desmedido de la figura del dolo eventual; (b) no considerar la no llevanza de contabilidad, o su llevanza de forma falsa o desordenada como una conducta típica, con independencia de que algún supuesto pueda ser típico conforme al art. 261. Con ello el CP extrae del delito de quiebra, un comportamiento típico que en la mayoría del derecho comparado constituye uno de los ejes básicos de la infracción; (c) no conformar dos marcos penales distintos para las insolvencias de los consumidores y la de las empresas o comerciantes; (d) utilizar conceptos tan indeterminados como el de crisis económica.

4. Conjuntamente con estas dos figuras centrales los delitos de insolvencias poseen unos tipos penales satélites que completan la intervención penal. En concreto, como norma complementaria del delito de alzamiento de bienes se encuentran los art. 258 y 259 del CP. En el primero se sancionan con penas de una a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al “responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente”. El art., 249 sanciona con igual pena el favorecimiento ilícito de acreedores. Ambos preceptos vienen a resolver dudas interpretativas que se habían suscitado acerca de la tipicidad de estos comportamientos en el antiguo CP.

El concurso tiene como complemento la figura prevista en el art. 261, donde se sanciona con menores penas la presentación de datos contables falsos ante las autoridades del concurso. Esta figura obedece a la destipificación de la quiebra documental que el legislador ha operado en el art. 260. No obstante, el art. 261 no sanciona por sí solo el arquetipo de la quiebra documental, es decir, la conducta consistente en no llevar contabilidad, llevarla de forma desordenada o falsa. Sólo este último supuesto resulta típico, si estos datos se presentan en el procedimiento concursal.

4. Ante las críticas que antes apuntábamos, no debe extrañar que en el Anteproyecto de reforma del Código penal, presentado por el gobierno el pasado mes de julio, se haya decidido modificar el art. 260, otorgándole la siguiente redacción:

“1. Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de ocho a veinticuatro meses y la de inhabilitación para el comercio o para ejercer cualquier cargo societario por tiempo de diez a quince años, como responsables de quiebra delictiva a quienes siendo conscientes de su

endeudamiento y de su incapacidad para afrontar los pagos, lleven a cabo alguna de las siguientes acciones:

- a) Enajenen, cedan, donen, oculten, aparten, destruyan o dañen o inutilicen elementos patrimoniales que en su caso hubieran podido integrarse en la masa del concurso de un modo que contravenga las exigencias de una gestión económica razonable.*
- b) Realicen, en el término de un año antes de la solicitud de concurso o de la cesación de pagos, infringiendo las normas de una administración ordenada, negocios especulativos o de excesivo riesgo, o contraigan deudas excesivas a consecuencia de gastos innecesarios.*
- c) Reduzcan, en el mismo término, el patrimonio que pueda ir a la masa del concurso a causa de actos de disposición de cualquier clase dirigidos a fines ajenos al interés de la Empresa, o de ventas a precio inferior a su valor de mercado de mercancías o productos de ellas derivados, obtenidas a crédito, infringiendo así las normas de un administración ordenada.*
- d) Simulen o reconozcan derechos de crédito o relaciones laborales a personas que no tengan ni unos ni otras.*

2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y su condición económica. La pena se impondrá en su mitad superior en los siguientes casos:

- a) Cuando se haya actuado con ánimo de lucro o enriquecimiento injusto*
- b) Cuando se haya provocado conscientemente la pérdida de los valores o bienes que otras personas hubieran confiado a la Empresa, provocándoles una grave situación económica.*

3. La persecución de este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrá iniciarse sin esperar a la conclusión del procedimiento concursal y sin perjuicio de la continuación de este.

4. Si el delito singular relacionado se correspondiera con alguna de las acciones descritas en las letras a) a d) del apartado 1 de este artículo y el procedimiento penal para su persecución no hubiera sido iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, solamente se perseguirá el delito de quiebra. En el caso de que el procedimiento ya estuviera iniciado, el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

5. El delito de quiebra solamente será perseguible cuando se hubiera iniciado un procedimiento concursal. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el

proceso civil, de producirse antes de la sentencia, vincula a la jurisdicción penal, salvo que con esa calificación se haya rechazado la existencia del hecho que dio lugar a la incoación del procedimiento penal.”

El Anteproyecto reforma también el actual art. 261 del CP, otorgándole la siguiente redacción:

“El que, fuera de los supuestos descritos en el apartado 1 del artículo anterior, presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración del concurso, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses.

La misma pena se impondrá a quienes:

- a) incumplan la obligación de llevanza de libros de comercio, o alteren sus anotaciones de modo tal que se dificulte gravemente el conocimiento de la realidad patrimonial de la Empresa, o, antes del término legal, destruyan o inutilicen libros, documentos o soportes informáticos que pudieran permitir la determinación de esa realidad.*
- b) elaboren balances oficiales que no reflejen su estado patrimonial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 290 de este Código*

Estos hechos sólo serán perseguibles cuando se haya abierto el proceso concursal.”

Esta propuesta recoge en buena medida las críticas que la doctrina ha efectuado al delito de quiebra, si bien, a mi juicio, en el párrafo primero del proyectado art. 260 la situación de crisis económica, descrita como incapacidad de pago, debe configurarse de forma más amplia, so pena de que se quiera exclusivamente sancionar sólo los comportamientos posteriores a la situación de insolvencia, y no aquellos que se realizan en situación de crisis, pero sin que exista aún incapacidad de pago. Esta opción resulta excesivamente restrictiva. Igualmente resulta objetable que las quiebras documentales se sancionen con penas inferiores al del resto de los hechos de bancarrota.

Bibliografía

Cugat Mauri, Impacto de la nueva ley de concursal en el delito de quiebra, en La Ley, nº , Gonzalez Coussac, Los delitos de quiebra. Tirant lo blanch. Valencia. 2000. Martinez Buján Perez, Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial. 2ª Edición. Valencia. 2005. Nieto Martín, El delito de quiebra. Tirant lo blanch. Valencia. 2000.

Guatemala

Alejandro Rodríguez Barillas

Durante los últimos diez años Guatemala ha sufrido serias quiebras bancarias que han hecho colapsar a varios Bancos del sistema. En el año de 1998 y 1999, varios bancos guatemaltecos sufrieron pérdidas millonarias lo que obligó a inyectar dinero del presupuesto nacional para salvaguardar los intereses de los ahorrantes. Se calcula que el Estado invirtió más de doscientos millones de quetzales en los bancos, sin que se haya recuperado hasta la fecha ese dinero. Ninguno de los representantes legales de los Bancos fue llevado a juicio, ni tampoco sus accionistas. Las personas defraudadas exigieron la responsabilidad penal, pero esto fue imposible debido a que el tipo penal correspondiente exigía la declaratoria de Quiebra fraudulenta y culpable, en el proceso civil, como una condición previa para poder proceder penalmente.

Los escándalos financieros anteriormente reseñados dieron lugar a que en el año 2000, se modificara el Código Penal en materia de quiebras, tanto fraudulenta como culpable.

Originalmente el delito de QUIEBRA FRAUDULENTO se encontraba redactado en el Código Penal en los siguientes términos:

ARTICULO 348.- El comerciante que haya sido declarado en quiebra, fraudulenta, será sancionado con prisión de dos a diez años e inhabilitación especial por doble tiempo de la condena.

El Decreto del Congreso 38-2000, añadió un párrafo adicional al delito de quiebra fraudulenta dirigido directamente hacia las entidades Bancarias. El artículo 348 el CODIGO PENAL quedó así:

Quando se trate de la quiebra fraudulenta de un banco, aseguradora, reaseguradora, afianzadora, reafianzadora, financiera, almacén general de depósito, bolsa de valores, cooperativa de ahorros, entidad mutualista, y otras instituciones análogas, los directores, administradores, gerentes, liquidadores y accionistas que resulten responsables, o se hayan beneficiado de la mala administración, o hubieren cooperado en la planificación o ejecución, o en ambas, de alguno de los actos que la provocaron, serán sancionados con prisión de veinte a treinta años e inhabilitación especial por doble del tiempo de la condena. La prescripción de la responsabilidad penal y de la pena no beneficiará al responsable de la quiebra declarada

fraudulenta, en caso de fuga o evasión. No podrá aplicársele al procesado alguna clase de medida sustitutiva ni concedérsele por ninguna causa al sentenciado a prisión por ese delito, rebaja de la pena.

En el mismo sentido, el delito de Quiebra culposa también fue modificado, para aumentar las penas en los casos de entidades bancarias o financieras¹. En este caso, la pena se aumentó de diez a veinte años e inhabilitación por el doble de la condena.

En el año 2002, se puso a prueba la efectividad de la reforma del Código Penal. En ese año, los Bancos Promotor y Metropolitano sufrieron pérdidas millonarias que derivaron en su intervención por parte de la Superintendencia de Bancos. Se calcula que el Estado tuvo que invertir Q.1,500 millones de quetzales². En ese mismo año se dio el colapso del Instituto de Previsión Militar que era una institución que manejaba los fondos de retiro de los militares guatemaltecos. La quiebra de este banco supuso la pérdida de doscientos millones de quetzales más.

Pese a la reforma formulada en el año 2000, ninguno de los funcionarios del Banco Promotor, Metropolitano y Banco de Oriente ha sido llevado a juicio. Si bien se han iniciado las acciones penales correspondientes, estas han fracasado estrepitosamente. Esto demuestra como se utilizó simbólicamente el derecho penal para dar tranquilidad y estabilidad a la opinión pública, cuando en el fondo los elementos que garantizan la impunidad de los actores siguen intactos.

En efecto, al hacer un análisis de la Reforma 38-2000, vemos en primer término que dispone que en casos de quiebras bancarias, los imputados (sean directivos, accionistas, etc) no gozarán de medidas sustitutivas. Es decir que la reforma impone la prisión preventiva obligatoria. Desde una perspectiva procesal, esta reforma viola el principio constitucional de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 14 de la Constitución de Guatemala y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La norma que impone la prisión preventiva obligatoria para los sindicatos que pertenecen a entidades bancarias es por lo tanto inconstitucional. Esto convierte a la prisión preventiva en una pena anticipada, que cumple la función de un derecho penal simbólico: castigar durante el proceso, aun cuando la persona finalmente salga absuelta.

En cuanto a los aspectos dogmáticos del tipo penal, se establece una condición objetiva de procedibilidad como lo es la declaratoria de quiebra (fraudulenta o culpable) en el proceso civil. Lo anterior enerva la acción penal hasta que exista sentencia firme dentro de la vía civil. En la práctica, el procedimiento de quiebra en lo civil presenta una gran complejidad, lo que hace que sea prácticamente inviable el declarar a un comerciante en quiebra.

En efecto, el Código Procesal Civil y Mercantil en Guatemala establece cuatro pasos para la declaratoria de quiebra: primero, el concurso voluntario de acreedores, el cual puede demorar varios años, con la interposición de recursos. El segundo es concurso necesario de acreedores y finalmente, se proceda al procedimiento de quiebra, en donde se da la liquidación de activos del patrimonio del fallido. La declaratoria de quiebra se da hasta la sentencia final³.

En la práctica, este obstáculo procesal ha impedido iniciar procesos penales en contra de ejecutivos y accionistas de bancos. De esa cuenta, en la quiebra de los bancos Promotor y Metropolitano, en el año 2002, ninguno fue procesado.

La legislación bancaria fue profundamente reformada en el año 2002, con relación a quiebras, habiéndose dictado el DECRETO NUMERO 19-2002, Ley de Bancos y grupos Financieros. En esta Ley se contempla un nuevo proceso de quiebra a cargo de la Superintendencia de Bancos mucho más expedito. La nueva ley establece cuando un banco o una sociedad financiera presente deficiencia patrimonial deberá informarlo inmediatamente a la Superintendencia de Bancos; de no hacerlo quedará sujeto a las sanciones previstas en esta Ley, sin perjuicio de aplicar otras disposiciones legales que correspondan (artículo 70). Concede a la Superintendencia de Bancos la facultad de suspender las actividades de una entidad bancaria y de nombrar una Junta de Exclusión de Activos para que se encargue de la liquidación de activos de bancos suspendidos. Además, de conformidad con el Artículo 80 faculta a La Junta Monetaria, para que dentro del plazo de quince (15) días de recibido el informe de la Junta de Exclusión e Activos, pueda promover la quiebra ante un juzgado civil. El juzgado que conozca de tal solicitud deberá resolver la declaratoria de quiebra a que se refiere el párrafo anterior, dentro del plazo de cinco (5) días contado a partir del día en que reciba dicha solicitud.

En ese orden, se ha acelerado la posibilidad de iniciar un proceso penal, cuando existe quiebra fraudulenta o culpable. Las nuevas disposiciones de la *Ley de Bancos y grupos financieros* se pondrán a prueba con el proceso de liquidación del Banco del Café. Este banco fue declarado en suspensión de operaciones por la Superintendencia de Bancos, el 19 de octubre de 2006, cuando se autorizaron sobregiros por Q.70 millones de quetzales a favor de accionistas. En peligro se encuentran otros 250 millones de dólares que fueron invertidos en una filial Off Shore del Banco del Café, que operaba de manera ilegal en territorio guatemalteco.

Los procesos penales contra las accionistas en este caso se están iniciando, si bien por otras figuras penales, como la intermediación financiera y el lavado de activos. To-

avía falta que se decrete la quiebra del Banco por el juez civil. Este nuevo proceso, parece contemplar las posibilidades de hacer eficaz el delito de quiebra fraudulenta o culpable en cuanto a los sujetos bancarios.

En cuanto a los demás comerciantes, los delitos de quiebra fraudulenta o culpable parecen encontrarse lejos de poder cumplir su función prevención general, en la medida en que no se ha modificado el Código Procesal Civil y Mercantil, y es necesario agotar todo el procedimiento civil de quiebra. Las quiebras de comerciantes, especialmente de industriales, han dejado desprotegidos a miles de trabajadores, que de la noche a la mañana se ven sin su salario y sus prestaciones laborales. Especialmente en el sector de la Maquila, las quiebras fraudulentas son comunes y conllevan enormes costes económicos y sociales. Es necesario hacer una adecuación normativa que permita coordinar las normas procesales civiles con el derecho penal, de tal manera que no se trate de una legislación meramente simbólica.

Además del tipo de quiebra, para las sociedades irregularmente constituidas se prevé un tipo penal especial: QUIEBRA DE SOCIEDAD IRREGULARMENTE CONSTITUIDA. Este dispone:

ARTICULO 353.- Para los efectos de lo dispuesto en este Código, se considerará fraudulenta la quiebra de toda sociedad constituida sin los requisitos legales y a quienes las constituyeren se aplicarán las sanciones establecidas en el artículo 350.

Este figura penal se aplica fundamentalmente para las sociedades que no se han constituido conforme lo dispone el Código de Comercio. Son sociedades que operan de hecho en Guatemala, sin llenar los requisitos legales. La pena en este caso es igual a la de los delitos de quiebra fraudulenta o culpable, según sea el caso.

La quiebra de una persona no comerciante, se encuentra tipificada específicamente. Este sería un delito común, a diferencia de la quiebra del comerciante y del Banquero, que serían delitos especiales impropios.

En el caso del concursado no comerciante, el Código Penal dispone:

CONCURSADO NO COMERCIANTE

ARTICULO 354.- El concursado no comerciante cuya insolvencia fuere el resultado, en todo o en parte, de alguno de los hechos siguientes, será sancionado con prisión de uno a dos años:

1°. Haber hecho gastos domésticos o personales excesivos y descompensados con relación a su fortuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia.

2°. Haber sufrido, en cualquier clase de juego, pérdidas que excedieren de lo que por vía del recreo aventure en entretenimiento de esta clase, un buen padre de familia.

3°. Haber tenido pérdidas en apuestas cuantiosas, compras y ventas simuladas y otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa exclusivamente del azar.

4°. Haber enajenado, con depreciación notable, bienes cuyo precio estuviere adeudando.

5°. Retardar su presentación en concurso, cuando su pasivo fuera tres veces mayor que su activo.

Serán penados como cómplices del delito previsto en este artículo, quienes ejecutaren con respecto al concursado cualquiera de los actos enumerados en el artículo 351 de este Código.

La quiebra del concursado no comerciante, esto es cualquier persona que no ostente la posición calificada de comerciante, exige la realización de cualquiera de los supuestos para que se pueda considerarse ejecutada la acción típica. El concursado no comerciante, presenta una pena notoriamente inferior, siendo de a penas una a dos años.

Finalmente, el Código Penal contempla el delito de ALZAMIENTO DE BIENES, que es una figura que penaliza a la persona que sustraiga sus bienes para no pagar sus obligaciones.

El artículo **ARTICULO 352.** dispone:

“- Quien, de propósito y para sustraerse al pago de sus obligaciones se alzare con sus bienes, los enajenare, gravare u ocultare, simularé créditos o enajenaciones, sin dejar persona que lo represente, o bienes suficientes para responder al pago de sus deudas, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientos a tres mil quetzales.

El delito como se observa es un delito de intención trascendente, puesto que debe probarse el ánimo de realizar la enajenación, gravación u ocultación de bienes con el propósito de sustraerse de sus obligaciones. La persona realiza la operación a sabiendas que con ello el acreedor se encontrará imposibilitado de cobrar su crédito.

La pena es similar a la de la estafa, figura penal con la cual se asemeja. Sin embargo, la estafa supone un engaño anterior a la disposición patrimonial del agraviado, en tanto en el alzamiento, la insolvencia se genera en el momento en que la persona distrae su patrimonio para enervar el cobro de los créditos.

El delito de alzamiento de bienes tiene escasa aplicación en la jurisprudencia nacional, por la dificultad de probar los elementos de la figura penal. Otra circunstancia común es la concurrencia de situaciones como la prejudicialidad, en donde los imputados alegan que antes de acudir a la vía penal debe agotarse la vía civil.

La jurisprudencia nacional todavía maneja un esquema de defraudación patrimonial individual, sin tomar en cuenta que son delitos que afectan a gran cantidad de personas y al sistema económico en su conjunto.

Para el caso que el sujeto activo del delito sea comerciante, se ha tipificado, en el mismo artículo un delito especial propio, que dispone

Si el responsable fuere comerciante se le sancionará además, con inhabilitación especial por el doble tipo de la condena.

La norma no es muy clara en cuanto a que tipo de inhabilitación se impone, aunque puede inferirse que se trata de una inhabilitación como comerciante.

En general, se puede indicar que las figuras relacionadas con las quiebras e insolvencias punibles en Guatemala se encuentran muy mal reguladas y sobre todo, no son aplicadas por los tribunales nacionales. Los fiscales carecen de la capacitación necesaria para encuadrar de forma adecuada esta figura delictiva y no entienden las gravosas consecuencias que genera para la economía nacional.

En ningún otro sector del ordenamiento jurídico, se puede observar la necesidad de coordinación entre los sectores civiles y penales. Si bien el derecho penal tiene el carácter de ultima ratio, los obstáculos de la legislación civil hacen inoperante los delitos en esta materia. Con ello se preservan los privilegios de los sectores hegemónicos, lo cual permite el abuso económico contra los ciudadanos más pobres.

Notas

1. La redacción original del disponía: **ARTICULO 349.-** El comerciante que haya sido declarado en quiebra culpable, será sancionado con prisión de uno a cinco años e Inhabilitación especial por doble tiempo de la condena.

2. Alrededor de 200 millones de dólares. (Tipo de cambio 7.5 quetzales por dólar)

3. Artículos 347 al 394 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Honduras

Angie Andrea Arce Acuña

*Universidad Escuela Libre de Derecho
(Costa Rica)*

Introducción

El Código penal tipifica conductas que no solamente tienen que ver con la vida y la salud, los intereses de orden económico de acuerdo al pensar del legislador son de orden supraindividual y colectivo. Las ‘insolvencias punibles’ de acuerdo a la clasificación del derecho penal económico¹ se encuentran dentro de los delitos de este or-

den, donde el bien jurídico que se protege no es solo el patrimonio y la libertad sino por encima del interés individual, se tutela el orden económico de un país, dándose un trato de bien jurídico colectivo² ya que se refiere al funcionamiento del sistema económico como tal. Como bien apunta el autor Righi³, el bien jurídico de estos delitos es definido como “intermedios” ya que el bien que se protege no es solo el derecho de crédito del acreedor o acreedores, sobre el patrimonio del deudor, en caso de que éste incumpla dolosamente con sus obligaciones, para poder así lograr satisfacer su acreencia y sancionar al infractor, sino que va más allá, tutela el funcionamiento del sistema económico. De esta manera, los comportamientos lesivos al orden económico que tengan que ver con la quiebra fraudulenta o insolvencias punibles, serán amparados porque vulneran el orden económico del Estado y de forma subsidiaria los intereses de los individuos, reforzando el carácter intimidatorio y la amenaza a la denominada criminalidad económica, que debe respetar las normas concernientes al orden de un país, para evitar un caos social e inseguridad en esta materia.

Como bien señala Muñoz Conde, “El principio *pacta sunt servanda* constituye el principio cardinal del Derecho de Obligaciones, una de cuyas consecuencias es el nacimiento del derecho de crédito, es decir, el derecho por el que una persona, llamada acreedor, puede exigir de otra, llamada deudor, el cumplimiento de una determinada prestación de carácter patrimonial”⁴. Estas obligaciones generalmente nacen de relaciones de derecho privado entre particulares, pero también pueden surgir de obligaciones de carácter económico de los ciudadanos con el Estado, producto de impuestos, tasas, tributos, contribuciones, etc. Lo verdaderamente relevante para que estas ‘insolvencias’ sean consideradas delictivas, y, por lo tanto, “punibles”, es que las mismas sean consecuencia de maniobras intencionalmente realizadas por el deudor contra su propio patrimonio, con el fin de defraudar a todos sus acreedores, o, a veces, con el objeto de beneficiar a algunos acreedores determinados y de perjudicar a los otros.

En Honduras, como en casi todos los países, fue abolida desde hace muchos años la ‘prisión por deudas’, por lo tanto, el cumplimiento de las obligaciones del deudor depende, en principio, de su exclusiva voluntad, y el acreedor sólo puede recordarle de diferentes maneras al acreedor el ‘deber’ en que se encuentra de cumplir su obligación, e incluso, advertirle de las consecuencias civiles o mercantiles de su incumplimiento, pero no puede obligarlo penalmente, a menos que se insolvente en forma dolosa. Por ello, es igualmente cierto que cuando dicho incumplimiento del acreedor ocurre como consecuencia de conductas desvaloradas penalmente, a través

de comportamientos dolosos y fraudulentos del acreedor, entonces el asunto deja de ser enteramente civil o mercantil y adquiere un carácter criminal que le interesa al derecho penal y que constituyen las denominadas ‘insolvencias punibles’.

A veces ocurre, que el deudor, en su afán injustificado de incumplir en forma fraudulenta con sus obligaciones y acreencias legalmente adquiridas, puede intencional y dolosamente alzarse⁵ u abandonar⁶ sus bienes, hacerlos desaparecer, ocultarlos o esconderlos en algún sitio⁷ destruirlos o transformarlos⁸, así como celebrar contratos, como ventas o arrendamientos simulados, para burlar la efectividad de las acciones judiciales que pueda intentar su acreedor o acreedores, con el objeto de insolventarse o de incrementar artificial y considerablemente su pasivo, creando obligaciones ficticias, y así poder frustrar los legítimos intentos de sus acreedores de ver satisfechas sus legítimas aspiraciones. Estas conductas indebidas y maliciosas son las que las legislaciones modernas engloban en las llamadas “insolvencias punibles” y las tipifican como delitos.

Las “insolvencias punibles” en la legislación penal de Honduras

El Código Penal Hondureño⁹ prevé en el Título VII, dentro de los delitos contra la propiedad, específicamente en el Capítulo V, a las denominadas “insolvencias punibles”, tipificando expresamente, en los artículos del 233 al 239, a los siguientes delitos: la quiebra fraudulenta; la quiebra culpable; la enajenación o el gravamen de bienes sin notificar a los acreedores, para sustraerse al pago de la deuda; el ocultamiento de bienes; la realización de ventas simuladas o ficticias; la simulación de créditos inexistentes; trasladarse al extranjero sin dejar representante; trasladarse al extranjero sin dejar bienes suficientes para responder al pago de sus deudas.

Para el comerciante que sea declarado en **quiebra fraudulenta** conforme al Código de Comercio, el artículo 233 prevé el castigo de reclusión de dos a seis años, así como la inhabilitación especial de tres a siete años. Igualmente, en relación con la **quiebra de una empresa mercantil**, el artículo 236 establece la misma pena del quebrado fraudulento o culpable, para “todo director o administrador de la misma que hubiere cooperado a la ejecución en alguno de los actos ilícitos que la motivaren”.

Por otra parte, el artículo 235 establece que serán considerados **cómplices de la quiebra fraudulenta**, a todas aquellas personas que realicen los siguientes actos: 1) Confabularse con el quebrado para suponer créditos contra él o para aumentarlos, alterar su naturaleza o fecha de

vencimiento con el fin de anteponerse en graduación en perjuicio de otros acreedores, aún cuando éste se verificare antes de la declaración de quiebra; 2) Haber auxiliado al quebrado en el alzamiento, sustracción u ocultamiento de sus bienes; 3) Ocultar a los administradores de la quiebra la existencia de bienes que, perteneciendo a ésta, obren en poder del culpable, o entregarlos al quebrado y no a dichos administradores; y 4) Verificar con el quebrado ciertos particulares en perjuicio de otros acreedores.

Para el comerciante declarado en **quiebra culpable**, el artículo 234 contempla un castigo de reclusión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de uno a tres años.

Sanciona también el Código Penal en su artículo 237, al deudor que “para sustraerse el pago de sus obligaciones”, realice alguna de las siguientes conductas ilícitas: a) “enajenar o gravar sus bienes sin notificarlo en forma auténtica a sus acreedores, con quince días de antelación, por lo menos”; b) que “ocultare sus bienes”; c) que “simulare enajenaciones o créditos”; y d) que “se trasladare al extranjero sin dejar persona que lo represente, o bienes suficientes para responder al pago de sus deudas”. A quien incurra en alguno de esos comportamientos delictivos se le castigará “con reclusión de tres a seis años, si fuere comerciante, y de dos a cinco, si no lo fuere”.

Igualmente, en el artículo 238, se sanciona al “concurrido no comerciante cuya insolvencia fuere el resultado, en todo o en parte, de alguno de los hechos siguientes: 1) Haber hecho gastos domésticos o personales excesivos, y desproporcionados con relación a su fortuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia. 2) Haber sufrido, en cualquier clase de juego, pérdidas que excedieren de lo que por vía de recreo, aventure en entrenamiento de esta clase, un buen padre de familia. 3) Haber tenido pérdidas en apuestas cuantiosas, compras y ventas simuladas y otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa exclusivamente del azar. 4) Haber enajenado, con depreciación notable, bienes cuyo precio estuviere adeudando. 5) Retardar su presentación en concurso, cuando su pasivo fuere mayor en un veinticinco por ciento en relación con su activo.

Finalmente, el artículo 239 del Código Penal, prevé castigar como cómplices del delito de “insolvencia”, previsto en el artículo 238, a “quienes ejecutaren con respecto al concursado cualesquiera de los actos enumerados en el artículo 235”.

En algunas leyes especiales también conseguimos ciertas disposiciones relacionadas con las “insolvencias punibles”, así nos encontramos, por ejemplo, con la Ley del Equilibrio Financiero y la Protección Social¹⁰, con el Reglamento de la Bolsa de Valores¹¹, con el Decreto sobre

Prestatistas no Bancarios¹² y con el Decreto sobre el Sistema Financiero¹³.

Conclusiones

Lo que se pretende castigando las “insolvencias punibles”, es el respeto al orden económico de un país y su sistema, ya que como señala el Doctor Chinchilla Sandi. “.. se lesiona la confianza en el orden económico vigente con carácter general o de algunas instituciones en particular, poniendo en peligro la existencia y las formas de actividad de ese orden económico...”¹⁴, por ende, las insolvencias punibles resguardan al Estado evitando comportamientos lesivos a este orden, amparando intereses supraindividuales, que pudieran ser vulnerados. En segundo término, se pretende especialmente que comerciantes y hombres de negocios no excedan los riesgos permitidos, y, sobre todo, que no traicionen maliciosamente la confianza de quienes de alguna manera dejaron en sus manos, y de muy buena fe, parte de sus bienes, fingiendo, simulando o propiciando quiebras e insolvencias.

El Estado en estos casos desempeña un deber de garante frente a los ciudadanos donde les asegura la confianza y la credibilidad en las relaciones comerciales y financieras. Pero considero que la norma no es la única que vendrá a evitar que la delincuencia económica ande suelta y causando estragos, debe ser un trabajo en conjunto de la ley sustantiva y procesal, donde se cuente con jueces especializados, fiscalías capaces de comprender y perseguir estos delitos, y una policía económica competente. El derecho penal económico al ser una rama relativamente nueva, necesita encontrar preparados a los encargados de hacer justicia, por la especialización del tema, en nuestro caso específico, comercial y financiero.

Estamos viviendo una época de gran desarrollo, de cara a este nuevo siglo, las plumas y los lapiceros han sido remplazado por las computadoras y las agendas electrónicas, la cultura en la actualidad se proyecta a través de los distintos medios de comunicación, los sistemas de comunicación presuponen un cambio en la mentalidad de las personas y en los conocimientos, este hecho incidirá directamente en la criminalidad económica, que poco a poco se moderniza y se vuelve especializada, por esa razón el sistema no puede quedarse atrás y hoy más que nunca se necesita un grupo preparado de profesionales, que puedan detectar las anomalías en las insolvencias punibles, que conforme al avance de la tecnología y los medios de comunicación (sobre todo Internet), puedan detectarlas y el actuar doloso se vuelva más difícil. El tipo penal de quiebra frau-

dulenta, además de la protección supraindividual, también procura establecer de una forma tajante, que se perseguirá y se condenará con pena de prisión a los que no actúen lícitamente en las relaciones económicas, de acuerdo a la credibilidad y en la confianza, las cuales, luego de perdidas, es muy difícil recuperarlas, y es que, como decía Abraham Lincoln, “se puede engañar a una persona una vez, se puede engañar a muchas personas muchas veces, pero no se puede engañar a todas las personas todas las veces”. El derecho penal no es un orden de paz solamente, es también un orden de guerra¹⁵, donde tenemos que prepararnos para librar la batalla que se aproxima, que no será en trincheras, en hermosos corceles o fabricando bombas inteligentes, sino será una lucha que todos y cada uno de los que defienden el orden social librarán, preparándose, informándose, estudiando el tema de las insolvencias punibles, y utilizando a nuestros favor los medios informáticos y telemáticos que se presentan en la actualidad. Sólo así tendremos un orden de paz y se ganará la batalla contra la delincuencia económica

Notas

1. RIGHI, Esteban. Los delitos económicos. Buenos Aires, 2000, pp. 93-122
2. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal, segunda edición, Madrid, 1994.
3. Ibid, RIGHI, pág. 115.
4. MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tirant lo blanch, duodécima edición. Valencia. 1999. Pág. 437.
5. Alzarse con los bienes significa llevárselos consigo.
6. Abandonar sus bienes significa renunciar a la titularidad del derecho de propiedad que se tiene sobre una cosa.
7. Ocultar los bienes es sustraerlos o esconderlos de la vista del acreedor, llevándolos a un lugar secreto, sólo conocido por el deudor, distinto del sitio donde se encontraban.
8. Transformar un bien es darle a la cosa una presentación distinta de la que tiene, para evitar su identificación o reconocimiento de parte del acreedor
9. Decreto 144-83, varias veces reformado.
10. Decreto N° 194-2002, publicado en el Diario Oficial “La Gaceta” N° 29.799 del 30-05-2002
11. Acuerdo N° 115 de la Presidencia de la República del 24 de febrero de 1988, publicado en el Diario Oficial “La Gaceta” N° 25542 de fecha 1° de junio de 1988.
12. Decreto N° 14 de la Corte Suprema de Justicia
13. Decreto N° 129-2004
14. CHINCHILLA SANDI, Carlos. “Delitos informáticos: Elementos básicos para identificarlos y su aplicación, 1 ed, San José, Costa Rica, ediciones Farben, 2004, pág. 14.
15. VON LISTZ, Frank. “Tratado de Derecho Penal”, Tomo II; Ediciones Reus, Madrid, Traducido por Luis Jiménez de Asúa, 1927. pág. 4.

Italia*

Giuseppe Campagnoli

Università di Modena e Reggio Emilia

1. *Ley concursal y Derecho penal en Italia : generalidades.* El ordenamiento jurídico italiano confía la regulación penal de la insolvencia a una ley especial (Regio Decreto de 16 de marzo 1942, n° 267) comunmente denominada « legge fallimentare » (ley concursal, en adelante L.Fall.), que no sólo contiene la regulación penal del concurso sino también toda la normativa sustancial y procesal del mismo y de los demás procedimientos concursales.

Tradicionalmente, los delitos contenidos en esta ley vienen definidos como delitos concursales en prueba de su estrecha relación con los procedimientos concursales y, en buena parte de los casos, con la sentencia que declara en concurso al empresario mercantil.

La regulación procesal y sustancial del concurso ha sido recientemente objeto de reforma mediante el decreto legislativo de 9 de enero de 2006, n° 5, mientras que la normativa penal al respecto ha permanecido intacta (exceptuando el tipo penal de bancarrota societaria).

El sistema penal concursal italiano se basa principalmente en la figura del empresario mercantil individual, destinatario de preceptos en los que se describe, en un modo excesivamente casuístico, los hechos merecedores de relevancia penal, mientras que las mismas conductas, si realizadas por titulares de funciones de control y de gestión de las sociedades mercantiles, es decir por los más importantes sujetos de la actual vida económica, se castigan en virtud de un simple reenvío a las disposiciones dictadas para el empresario individual.

La técnica legislativa del reenvío constituye una característica peculiar del Derecho penal concursal italiano, ya que para individuar los tipos penales incriminadores, los delitos concursales reenvían con mucha frecuencia a disposiciones extrapenales contenidas en la misma ley o en otras fuentes : por ejemplo, el sujeto activo de la mayor parte de los delitos concursales es el empresario mercantil, cuya definición se encuentra en el art. 2.195 del código civil.

Los delitos concursales, entendidos en su conjunto, tienen como objeto la protección del macro-bien jurídico de la genuinidad del procedimiento concursal y de la consecución de sus típicas finalidades de garantía y de igual satisfacción de los acreedores, mientras que cada uno de los tipos penales aisladamente opera en protección de uno o más intereses específicos, que gravitan siempre en la órbita del correcto desarrollo del procedimiento.

Los delitos concursales se pueden clasificar en diversos modos según la colocación temporal de la conducta respecto a la sentencia que declara el concurso, según el sujeto activo del delito, según las modalidades de conducta realizadas y, finalmente, según la específica objetividad jurídica protegida.

Bajo el primer punto de vista se puede distinguir entre los delitos pre-concursales y los delitos post-concursales: en la primera categoría se engloban los delitos cometidos antes de que se dicte la sentencia declarativa del concurso, mientras que dentro de la segunda categoría se encuentran los delitos cometidos tras esa sentencia.

Según el sujeto activo se puede distinguir entre los delitos cometidos por el quebrado y los delitos cometidos por otras personas. Dentro de la primera categoría se encuentran los casos de bancarrota cuyo sujeto activo sea precisamente el empresario individual declarado en concurso (así definidos para distinguirlos de los casos de bancarrota impropia en que el sujeto activo lo encarnen los órganos del vértice de las sociedades), reguladas en los artículos 216 y 217 L. Fall., el recurso indebido al crédito, regulado en el art. 218 L. Fall. y la denuncia de acreedores inexistentes y otras violaciones cometidas por el declarado en concurso, regulados en el art. 220 L. Fall.

Los casos de bancarrota propia, a su vez, se dividen, según las modalidades de la conducta realizada, en casos de bancarrota fraudulenta (art. 216 L. Fall.) y de bancarrota simple (art. 217 L. Fall.) : las primeras se caracterizan por un mayor desvalor penal, ya que se trata de conductas cuya estructura conlleva un especial dolo de defraudar; las segundas, a pesar de ser a veces punibles también en caso de dolo (genérico), presentan generalmente la estructura del delito culposos.

A su vez, dentro de la bancarrota fraudulenta se puede distinguir, según el bien jurídico protegido, en bancarrota fraudulenta patrimonial, bancarrota fraudulenta documental y bancarrota fraudulenta preferencial ; de igual modo, y siempre según este criterio de clasificación, la bancarrota simple se divide en bancarrota simple patrimonial, bancarrota simple documental y bancarrota por incumplimiento de las obligaciones contraídas en un acuerdo concursal anterior.

Los delitos cometidos por personas distintas al empresario declarado en concurso comprenden el resto de los tipos penales contenidos en la ley concursal, y , dentro de ellos se pueden distinguir tres distintas categorías según el sujeto activo del delito : a) delitos cometidos por el comisario del concurso Arts. 228-230 L. Fall.) ; b) delitos cometidos por parte de los acreedores del empresario declarado en concurso (art. 223 L. Fall.) ; c) delitos comunes (art.232 L. Fall.).

2. *Los delitos cometidos por el empresario declarado en concurso* : A) *Bancarrota fraudulenta*. Como ya se ha dicho anteriormente, entre los tipos penales de bancarrota fraudulenta (art. 216 L. Fall.) podemos distinguir, según el específico bien jurídico protegido, entre : a) bancarrota fraudulenta patrimonial ; b) bancarrota fraudulenta documental ; c) bancarrota fraudulenta preferencial.

a) *La bancarrota fraudulenta patrimonial* (art. 216 L. Fall.) castiga con la pena privativa de libertad de tres a diez años al empresario declarado en concurso, que haya « *distraído, ocultado, disimulado, destruido o disipado en todo o en parte sus bienes, o bien, con la finalidad de causar perjuicio a los acreedores, haya expuesto o reconocido pasivos inexistentes* ».

La norma tiene como objetivo la protección de la integridad del patrimonio concursal. Objeto del delito lo puede ser cualquier bien, siempre que se encuentre comprendido en la esfera de disponibilidad del quebrado, sea o no destinado al ejercicio de la empresa.

Las conductas descritas en la norma presentan como elemento común el efecto de depauperar el patrimonio del quebrado : algunas de ellas comportan una disminución real, mientras que en otras la disminución es sólo ficticia.

El elemento subjetivo de las conductas de bancarrota fraudulenta patrimonial se limita al dolo genérico, con la excepción de la bancarrota fraudulenta patrimonial cuando ésta se realice mediante simulación de pasivos inexistentes, en cuyo caso se requiere, por el contrario, un elemento subjetivo del injusto consistente en el dolo de causar un perjuicio a los acreedores.

b) *la bancarrota fraudulenta documental* (art. 216 nº 2 L. Fall.) castiga con la pena de privación de libertad de tres a diez años al empresario declarado en concurso que haya « *sustraído, destruido o falsificado, en todo o en parte, con la finalidad de procurarse o de procurar a otros un provecho indebido o de crear un perjuicio a los acreedores, los libros u otros documentos contables o los ha tenido en modo que no haga posible la reconstrucción del patrimonio o del movimiento de los negocios* ».

Este tipo tiene como objetivo la protección del bien jurídico consistente en la exacta reconstrucción del patrimonio concursal. Las conductas incriminadas consisten en la sustracción, destrucción o falsificación (material o ideológica) de los documentos contables o en su tenencia en modo que no permita *la reconstrucción del patrimonio o del movimiento de los negocios* ».

Las conductas de sustracción, destrucción y falsificación de los documentos se castigan sólo cuando el quebrado haya actuado con la finalidad de enriquecerse injustamente en perjuicio de los acreedores : se trata por lo tanto de delitos con un elemento subjetivo del injusto. En el caso de tenencia de los libros y documentos contables

en modo tal que no se haga posible la reconstrucción del patrimonio o del movimiento de los negocios basta con un dolo genérico.

c) *La bancarrota fraudulenta preferencial* (art. 216 nº 3 L. Fall.) castiga con la pena de privación de libertad de uno a cinco años al « *quebrado, que, antes o durante el procedimiento concursal, con la finalidad de favorecer, en perjuicio de los acreedores, a uno de ellos, realice pagos o simule títulos de prelación* ».

B) *Bancarrota simple*. Los tipos penales de bancarrota simple (art. 217 L. Fall..) se dividen, según el bien jurídico protegido, en : a) bancarrota simple patrimonial ; b) bancarrota simple documental ; c) incumplimiento de las obligaciones asumidas en un precedente acuerdo judicial concursal.

a) *La bancarrota simple patrimonial* (art. 217.1-4 f.) castiga con la pena de privación de libertad de seis meses a tres años al empresario declarado en concurso que « 1) *haya realizado gastos personales o para su familia excesivos respecto a su condición económica ; 2) haya consumido una notable parte de su patrimonio en operaciones de pura suerte o manifiestamente imprudentes ; 3) haya realizado operaciones de grave imprudencia para retrasar la declaración del concurso ; 4) haya agravado su propia insolvencia, absteniéndose de solicitar su declaración en concurso o con otra culpa* ».

Todas las conductas apenas citadas tienen en común el efecto de depauperar el patrimonio ; en consecuencia, esta incriminación protege en modo específico la integridad del patrimonio del declarado en concurso. Los casos de bancarrota simple patrimonial son punibles sea a título de dolo que de culpa.

b) *la bancarrota simple documental* se regula en el artículo 217.2 L. Fall., que castiga con la pena de privación de libertad de seis meses a dos años al « *declarado en concurso que, durante los tres años precedentes a la declaración del concurso o bien desde el inicio de la actividad de la empresa, si ésta ha tenido una duración menor, no ha llevado los libros y los demás documentos contables prescritos por la ley o los ha llevado en manera irregular o incompleta* ».

Los documentos contables se han llevado en manera irregular cuando el empresario ha violado las formalidades previstas en los artículos 2.215 y 2.216 del código civil y el art. 200 de las disposiciones de actuación del código civil. También la bancarrota simple documental es punible sea a título de dolo que de culpa.

c) *La bancarrota simple consistente en el incumplimiento de las obligaciones asumidas en un previo acuerdo concursal (concordato)* está prevista en el art. 217.1 L L. Fall.all., que castiga con la pena de privación de libertad de seis meses a dos años al empresario de-

clarado en concurso que “no haya satisfecho las obligaciones asumidas en un precedente acuerdo concursal (concordato)

C) *Otros delitos del empresario declarado en concurso.* Los demás delitos cometidos por el empresario declarado en concurso: a) El recurso indebido al crédito previsto por el art. 218 L. Fall., modificado por la ley de 28 de diciembre de 2005, n° 262, que castiga con la pena de privación de libertad de seis meses a tres años a “los administradores, directores generales, liquidadores y empresarios que ejerzan una actividad mercantil, que recurran o continúen a recurrir al crédito (...) disimulando la insolvencia o el estado de insolvencia. b) La denuncia de acreedores inexistentes y otras violaciones por parte del declarado en concurso, previstas por el art. 220 L. Fall., que castiga con la pena de privación de libertad de seis a dieciocho meses al declarado en concurso que, fuera de los casos previstos en el art. 216, en el elenco nominativo de sus acreedores denuncia acreedores inexistentes u omite declarar la existencia de otros bienes que se deban incluir en el inventario, o bien no observe las obligaciones impuestas por los arts. 16 n° 3 y 49. Si el hecho se realiza de modo imprudente se aplicará la pena privativa de libertad de hasta un año.

Tanto para la bancarrota fraudulenta como para la bancarrota simple o para el recurso indebido al crédito se prevé la sanción accesoria de inhabilitación al ejercicio de una empresa mercantil e incapacitación para ejercer cargos directivos en cualquier empresa.

El art. 219 L. Fall., por último, regula las circunstancias especiales - agravantes y atenuantes - aplicables a los delitos de bancarrota y de recurso indebido al crédito.

3. *Los delitos cometidos por personas distintas al declarado en concurso: los casos de bancarrota impropia.* Como ya se ha dicho, los casos de bancarrota concretamente más relevantes, es decir, aquellos cometidos en el ámbito de las sociedades mercantiles, vienen regulados en los artículos 223, 224 y 225 L. Fall. mediante la técnica del reenvío, y prevén los casos de bancarrota impropia.

a) *la bancarrota fraudulenta impropia* se regula en el art. 223 L. Fall., que dispone que “se aplicarán las penas establecidas en el art. 216 a los administradores, directores generales, auditores internos (sindaci), y a los liquidadores de sociedades declaradas en concurso que hayan cometido alguno de los hechos previstos en el mencionado artículo. Se aplicará a las personas mencionadas la pena prevista en el primer apartado del art. 216, si: 1) han provocado, o han concurrido en la provocación de la insolvencia de la sociedad, cometiendo alguno de los hechos previstos en los artículos 2.621,

2.622, 2.626, 2.627, 2.628, 2.629, 2.632, 2.633 y 2.634 del código civil; 2) han causado con dolo, o por efecto de operaciones dolosas, la insolvencia de la sociedad. Se aplica en todo caso lo dispuesto en el último apartado del art. 216”.

La norma protege los mismos intereses jurídicos tutelados en cada una de las disposiciones contenidas en el art. 216 L. Fall. y sirve para evitar que se puedan crear áreas de impunidad penal en el ámbito de las empresas colectivas en los casos de aquellos que, aun sin ser empresarios, desempeñen un papel de dirección, gestión o control dentro de la empresa.

Sujetos activos del delito podrán serlo, por tanto, los administradores, directores generales, auditores internos (sindaci) y liquidadores que desempeñen también de hecho las funciones que les atribuye la ley.

El artículo 223.2.1 prevé una ulterior y autónoma posibilidad de bancarrota, definida comúnmente como bancarrota por delito societario, en virtud de la que los tipos penales contenidos en el código civil se castigan con mayor severidad en caso de insolvencia de la sociedad, allí donde la violación de éstas haya causado o haya contribuido a causar la insolvencia de la empresa.

Esta disposición merece una atención particular también porque ha sido objeto de una reciente reforma mediante el decreto legislativo de 16 de abril de 2002, n° 61. El art. 4 de este decreto, de hecho, ha subordinado la punibilidad de la bancarrota por delito societario a la circunstancia de que el tipo base haya determinado o agravado la insolvencia: se requiere, por tanto, un nexo causal entre la comisión del delito societario y la declaración del concurso.

Por último, el art. 223.2.2 castiga, con las penas previstas para la bancarrota fraudulenta, a los administradores, directores generales, auditores internos (sindaci) y liquidadores que hayan provocado la insolvencia de la sociedad mediante comportamientos dolosos.

b) *la bancarrota simple impropia* viene regulada en el art. 224 L. Fall., que dispone que “se aplicarán las penas establecidas en el art. 217 a los administradores, directores generales, auditores internos (sindaci) y liquidadores de sociedades declaradas en concurso, que: 1) hayan cometido alguno de los hechos previstos en el mencionado artículo; 2) hayan contribuido a causar o a agravar la insolvencia de la sociedad con inobservancia de las obligaciones a ellos impuestos por la ley”.

Nota

* Traducción de María José Pifarré de Moner.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

Profesor de Derecho penal

Centro de Estudio e Investigación Jurídica

cej@cablenet.com.ni

La *insolvencia punible* está regulada de forma insipiente en el Código penal vigente (1974). Desde su entrada en vigencia hasta la fecha del presente trabajo no ha sufrido reforma. Este tema, se encuentra bajo la el título IV de los delitos contra la propiedad en el capítulo X, de los delitos contra la buena fe en los negocios.

Código penal vigente (1974)

Así el Código penal, sanciona con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de cinco a diez años, al quebrado fraudulento que, con perjuicio de sus acreedores simula o supone deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas o bien, conceda ventajas indebidas a cualquier acreedor, no justifique la salida o existencia de bienes que debiera tener y sustraiga u oculte alguna cosa que corresponda a la masa (art. 297). También establece el supuesto de que si el deudor no comerciante concursado civilmente, que para defraudar a sus acreedores realizara algunas de las anteriores modalidades se le castigará con prisión de uno a tres años (art. 300). Respecto al comerciante, cuya quiebra se declare culpable por gastos excesivos en relación con el capital, o al número y condiciones de las personas de su familia, por juego, especulaciones ruinosas, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de imprudencia o negligencia manifiesta, el Código penal lo reprime con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de tres a seis años (art. 298).

El artículo 299 reputa de *quebrado fraudulento* a las “sociedades anónimas o cooperativas, y cualquier persona colectiva que ejerza el comercio; todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido, contador o tenedor de libros que haya cooperado a la ejecución de alguno de los actos descrito en las disposiciones arriba citadas. En el caso de que el acreedor celebre convenio o transacción judicial, en virtud de *connivencia* con el deudor o un tercero, en la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del convenio o transacción, el Código penal le impone arresto de seis a dieciocho meses, pena que se “aplicará a todo director o gerente de sociedades anónimas o cooperativas, o de cualquiera otra persona colectiva en estado de quiebra o concurso de bienes, que concluya un convenio de este género”. (art. 301)

Proyecto de Código penal (1999)

Por su parte, el Proyecto de Código penal (Dictamen de 1999, que aún no ha sido aprobado en su totalidad), bajo el Título VI de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, expresa en el capítulo XII, de las *quiebras e insolvencias punibles*, las figuras de *quiebra fraudulenta* (art. 259), *quiebra imprudente* (art. 260), *insolvencia fraudulenta* (art. 261), *connivencia* (art. 262) y la *elusión de responsabilidad civil*.

El Proyecto de Código penal, siguiendo la línea de reforma española, entiende por *quiebra fraudulenta* la el hecho de que una persona declarada en quiebra fraudulenta que, en fraude a sus acreedores, simule o supone deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; sustraiga u oculte bienes que correspondan a la masa o no justifique su salida o cancelación; conceda ventajas indebidas a cualquier acreedor, transfiera o enajene maliciosamente a cualquier título bienes muebles o inmuebles antes de ser declarado el estado de quiebra; falsee estados financieros; realice negociaciones de activos; lleve libros dobles o falsos. La pena para los autores de dicha conducta es de dos a seis años de prisión.

Respecto a la *quiebra imprudente*, el legislador proyectista castiga con pena de prisión de uno a tres años a la persona declarada en quiebra culpable que hubiere perjudicado a sus acreedores por sus gastos excesivos en relación con el capital, especulaciones ruinosas, juegos, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia. Y con pena de uno a tres años de prisión al deudor no comerciante concursado civilmente que dolosamente para defraudar a sus acreedores oculte, altere, falsee o deteriore información contable o situación patrimonial (*insolvencia fraudulenta*).

En relación a la *connivencia*, el Dictamen del Proyecto de Código penal sanciona a la persona que a nombre propio, delegación o representación de otro, concierte con el deudor o con un tercero ventajas ilegales para el supuesto de aceptación de un avenimiento, convenio o transacción, y la pena a imponerse será de prisión de seis meses a dos años o multa de noventa a ciento cincuenta días. En el supuesto de que el deudor, declarado en quiebra o concursado civilmente, y sin autorización judicial o de los órganos concursales, realice cualquier acto de disposición patrimonial destinado a pagar a uno o varios acreedores con posposición del resto, la pena será de prisión de uno a tres años, la cual será aplicada también al que actuando en nombre de una persona jurídica en estado de quiebra o concurso de bienes, concluya un convenio a través de los procedimientos establecidos en el numeral anterior. Asimismo, y en relación a la *elusión de responsabilidad civil*, el responsable de cualquier hecho delictivo que, con pos-

terioridad a su comisión y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles provenientes del ilícito penal, realice actos de disposición patrimonial o contraiga obligaciones que disminuyan su patrimonio al grado de convertirse en insolvente, será penado con prisión de dos a cinco años.

Panamá

Prof. Dr. Carlos Enrique Muñoz Pope

Catedrático de la Universidad de Panamá

cempope@cwpanama.net

I. Introducción

El tema de la quiebra e insolvencia en el ordenamiento penal panameño reviste características muy particulares, aunque la doctrina se ha ocupado muy poco del mismo.

En el Código penal de 1982 aparece regulado de forma muy sui generis en el capítulo V del Título XII del Libro Segundo, que trata de los “Delitos contra la economía nacional”, en los artículos 386, 387 y 388.

Los artículos 386 y 387 se ocupan de la quiebra fraudulenta y de la quiebra culpable, respectivamente, en tanto que el artículo 388 se ocupa de la figura de la insolvencia.

II. El delito de quiebra

En el ordenamiento penal panameño se incrimina una forma de quiebra fraudulenta que se distingue de otra quiebra, llamada culpable.

La norma penal no precisa, sin embargo, cuando estamos en presencia de una u otra modalidad, ya que en estos casos remite, para tales efectos, al Código de Comercio.

La quiebra fraudulenta, inexplicablemente también llamada “quiebra dolosa”, se castiga con pena de 2 a 3 años de prisión e inhabilitación para ejercer el comercio y la industria por 3 a 10 días, cuando en realidad debió decir de 3 a 10 años. El error data desde el inicio de la vigencia del Código, en marzo de 1983, y es evidente el poco interés del propio legislador por corregir este gap.

Por su parte, la quiebra culpable, también inexplicablemente llamada “quiebra culposa”, se castiga con pena de 1 a 3 años de prisión e inhabilitación para ejercer el comercio y la industria por 1 a 3 años.

La actual redacción premia al quebrado intencional con una pena que conlleva inhabilitación por unos días, mien-

tras que el penado por quiebra culpable quedará inhabilitado por lo menos por un año hasta un máximo de tres años.

Alguien pudiera pensar que esta forma de legislar, al remitir al Código de Comercio para saber qué se tiene como quiebra fraudulenta o quiebra culpable en la legislación comercial es inconveniente, pero ello no es así, pues sin duda el legislador panameño en esta materia actuó con corrección, pues el concepto de quiebra puede cambiar cuantas veces sea necesario en la legislación comercial y no se necesita cambiar el Código Penal para actualizar tal regulación, pues la modificación de la legislación comercial implica también, de pleno derecho, la modificación del texto punitivo correspondiente.

Los artículos 1557 y 1558 del Código de Comercio establecen cuando estamos en presencia de una quiebra culpable o de una quiebra fraudulenta

Los casos de quiebra previstos en el art. 1557 del Código de Comercio implican conductas dolosas, por lo que nunca estaremos en presencia de una verdadera quiebra culposa, a pesar de lo establecido en el art. 387 del Código Penal panameño.

III. El delito de insolvencia

En Panamá, el delito de insolvencia se corresponde con el tipo de alzamiento previsto en otros ordenamientos penales.

La acción en este delito consiste en sustraerse del pago o cumplimiento de obligaciones ocultando los bienes, simulando enajenación de éstos o declarando créditos inexistentes en perjuicio de alguien.

La pena en estos casos es de 6 meses a 2 años de prisión.

A partir de 2004 se han introducido agravantes especiales al delito de insolvencia, para castigar a quienes propongan juicios falsos ante los tribunales de justicia para evitar hacer frente a sus responsabilidades, en cuyo caso la pena se aumenta de 2 a 5 años de prisión.

También se agrava la pena, ahora de 3 a 6 años de prisión, cuando acreedores y deudores se valgan de procesos judiciales simulados o suscriban mutuos acuerdos fraudulentos para el cobro de obligaciones derivadas de ventas de bienes muebles u otras facilidades crediticias en perjuicio de créditos anteriores.

Los llamados “juicios amarillos” son una realidad en nuestras sociedades, pero todavía quedan impunes los abogados que se prestan para tales fraudes, a pesar de ser verdaderos cómplices que con su actuar favorecen las conductas antes descritas. Es necesario, en estos casos, imponer verdaderas penas de prisión, que no deben ser

suspendidas ni reemplazadas por otras penas menores, al tiempo que deben ser inhabilitados para ejercer la profesión de abogado.

IV. A modo de conclusión

Las consideraciones antes expuestas evidencian la deficiente regulación de la materia en Panamá, por lo que urge adecuar el tema a la realidad actual.

Los problemas procesales del diario acontecer, sin embargo, nos enseñan que los procesos por delitos de quiebra nunca se llevan a cabo, pues la vieja concepción de los tribunales, que exige la ejecutoria de la quiebra civil, impide que se haga justicia en esta materia.

Quiebra la quiebra, el curador acaba y agota con todos los fondos, pero nunca se lleva a los tribunales penales al quebrado, que inicia otro negocio con el dinero de sus acreedores que nunca cobran sus acreencias.

Urge la actualización de la normativa comercial y de la regulación procesal respectiva.

Perú

Dr. Víctor Prado Saldarriaga
Catedrático de Derecho Penal

1. DENOMINACIONES

Comencemos por señalar que en la evolución reciente de la legislación penal peruana no se ha utilizado la denominación “*insolvencias punibles*”, para referirse a los delitos que ahora serán objeto de análisis.

Sin embargo, debemos aclarar también que tales ilícitos penales si fueron criminalizados por el derecho penal nacional, aunque bajo otra nomenclatura jurídica como “*Delitos en las Quiebras y en las Deudas*” o “*Atentados Contra el Sistema Crediticio*”. Es más, el Código Penal vigente de 1991 ha utilizado sucesivamente ambas denominaciones.

2. SISTEMA DE DELITOS EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

En cuanto al sistema interno de delitos de insolvencias punibles en el Código Penal peruano, este se ubica en el Título VI como parte de los “*Delitos Contra la confianza y la Buena Fe en los Negocios*”. De esta manera el texto legal vigente ha escindido a tales ilícitos del sistema de

delitos contra el patrimonio al cual se hallaban integrados en el Código Penal derogado de 1924 (Cfr. Sección Sexta, Título VI, Artículos 252° a 256°).

Con un poco ideográfico nombre de “*Atentados contra el Sistema Crediticio*”, el legislador nacional en el Capítulo I del Título antes mencionado, ha incluido una mezcla de tipos penales convencionales con otros de condición menos tradicional.

Cabe señalar que la actual morfología normativa fue consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 27146 del 24 de junio de 1999. Esta norma legal reguló el régimen y procedimientos para el reflatamiento y reestructuración empresarial.

En concreto las disposiciones legales aludidas contienen los siguientes supuestos típicos y normas procesales especiales:

- **Insolvencia Fraudulenta Doloso (Artículo 209).**
- **Insolvencia Culposa (Artículo 210).**
- **Utilización de Información Falsa en Procedimientos de Insolvencia o Afines (Artículos 211).**
- **Reducción y Exención de Penal por Colaboración Eficaz (Artículo 212).**
- **Acción Penal Privada y Cuestiones de Procedibilidad (Artículo 213).**

Es de señalar que la frecuencia de esta clase de delitos es mínima en las estadísticas nacionales de criminalidad.

3. CARACTERÍSTICAS TÍPICAS DEL DELITO

Los delitos de Atentados contra el Sistema Crediticio criminalizan actos que afectan la masa de activos y pasivos patrimoniales del deudor, los cuales serán objeto de evaluación y pago de las obligaciones preferentes de los acreedores. Estas conductas deben ocurrir dentro del desarrollo de los siguientes procedimientos especiales:

- a) Procedimiento de Insolvencia.
- b) Procedimiento Simplificado.
- c) Concurso Preventivo.
- d) Procedimiento Transitorio.
- e) Otros Procedimientos de Reprogramación de Obligaciones.

La ley concede la calidad de sujeto activo al deudor, pero también a su representante, así como a los administradores o liquidadores que resulten funcionalmente relacionados con el patrimonio del deudor en los procedimientos administrativos antes mencionados.

Para nuestro breve análisis utilizaremos la detallada redacción del tipo penal contenida en el artículo 209°. Se

trata de un tipo legal alternativo que describe varias acciones ilícitas equivalentes que puede realizar el agente. Tales conductas típicas son las siguientes:

- a) **Ocultamiento de bienes**
- b) **Simulación, Adquisición o Realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas**
- c) **Realización de actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones.**

Todas estas conductas son dolosas. Con relación al último de los supuestos típicos mencionados, la ley consigna un *elemento subjetivo especial* relativo a posibilitar el pago relativo de quien no tiene derecho a ello, posponiendo de esta manera la expectativa de pago del acreedor correspondiente.

Ahora bien, si para tal propósito hubiera mediado *conivencia maliciosa* con el beneficiado. Este último será sancionado también con la misma pena del autor del hecho punible.

Por otro lado, el legislador peruano para las mismas conductas irregulares de trato preferente de acreedores (*Realización de actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones*) considera también la criminalización de algunas situaciones especiales. Al respecto, la norma precisa que de existir *un procedimiento previo de reprogramación de obligaciones*, el delito sólo se materializará si los actos realizados contradicen lo dispuesto o acordado en dicho procedimiento.

Es de precisar también que los diferentes supuestos de comportamiento típico que definen los tres incisos del artículo 209°, también darán lugar al delito si ellos se ejecutan en el marco de un estado declarado de *liquidación*, el cual fue declarado conforme a las normas propias de la materia.

Con relación a la estructura culposa que regula el artículo 210° del Código Penal, es de señalar que su lacónica redacción no permite distinguir con claridad cuales son las conductas punibles que el agente debe ejecutar. Según dicha norma: *“Si el agente realiza por culpa alguna de las conductas descritas en el Artículo 209°, los límites máximo y mínimo de las penas privativas de libertad e inhabilitación se reducirán en una mitad”*. Como se ha interpretado en la doctrina se debe entender que el tipo legal alude a que el agente ejecute actos de gestión o de inversión negligente o temerarios, que comprometen o perjudican su estabilidad y solvencia patrimonial, afectando con ello las opciones de los acreedores para cobrar sus créditos al deudor. No cabe entonces comprender que en este delito el agente deberá de “ocultar o simular” culposamente. Lo cual deviene en un absurdo dada que por su propia naturaleza y sentido funcional dichas conductas re-

quieran ejecutarse siempre de manera consciente y voluntaria .

4. PENALIDAD Y CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

El Código Penal peruano sanciona los atentados contra el sistema crediticio con penas conjuntas privativas de libertad (*Entre tres a seis años*) e inhabilitación (*Entre tres a cinco años*). Como ya se mencionó en el caso de la hipótesis culposa del artículo 210° las penas se reducen a la mitad de las contempladas para el caso doloso del artículo 209°.

Ahora bien, con relación a los delitos de insolvencia fraudulenta dolosa, la legislación nacional ha incorporado una *circunstancia agravante específica* que toma en cuenta la ocasión y oportunidad de realización del delito. En efecto, las penas serán más elevadas (*Entre cuatro a ocho años de pena privativa de libertad y entre cuatro a cinco años de inhabilitación*) si el hecho punible se ejecuta, en cualquiera de sus modalidades, *“cuando se encontrase suspendida la exigibilidad de obligaciones del deudor”* como consecuencia de algunos de los procedimientos especiales de reestructuración y reflotamiento anteriormente citados (Procedimiento de Insolvencia, Procedimiento simplificado, etc.)

5. TIPO PENAL ESPECIAL

El sistema de delitos que comentamos incluye también un *tipo penal especial* en el artículo 211°. Esta conducta delictiva consiste en la utilización de documentación o información de incidencia patrimonial falsa, dentro de los procedimientos especiales de reestructuración y reflotamiento. El legislador nacional especifica que debe tratarse de *“información, documentación o contabilidad”* que alteren o falseen la realidad de los hechos, actos, asientos o estados que tales datos o instrumentos contienen o comunican. Asimismo, la ley también sanciona a los que simulen en igual contexto obligaciones o pasivos.

Sin embargo, la sola presentación de la documentación o información falsa no es suficiente para la tipicidad, pues la norma exige que como efecto de la conducta fraudulenta del agente se debe producir *“la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor”*. De esa manera, pues, se frustra también el pago correspondiente de los acreedores.

La penalidad de este delito especial es también conjunta. Ella comprende pena privativa de libertad (*Entre cuatro a seis años*) e inhabilitación (*Entre cuatro a cinco años*).

6. COLABORACIÓN EFICAZ

La presencia de la colaboración eficaz en este tipo de delitos no es muy común. En el contexto nacional e internacional tal procedimiento especial ha estado generalmente vinculado con delitos de criminalidad organizada como el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas o la corrupción.

No conocemos de otras experiencias legislativas similares, cuando menos, en el ámbito regional. Tampoco en la jurisprudencia de nuestro país hemos encontrado casos o criterios que desarrollen la aplicación de tales disposiciones.

El artículo 212° del Código Penal contiene dos efectos premiales: la **reducción de pena** que sólo alcanza a los autores del delito; y la **exención de pena** que es exclusiva para los partícipes.

El presupuesto legal para acceder a tales recompensas gira en torno al contenido de la información que suministre el colaborador y a su utilidad sobre la realización, investigación, sanción y reparación del delito. En coherencia con ello, el legislador exige que la información permita conjunta o alternativamente:

- a) Evitar la continuidad o consumación del delito
- b) Conocer las circunstancias en las que se cometió el delito
- c) Identificar a los autores o partícipes del delito
- d) Conocer el paradero o destino de los bienes objeto material del delito y su restitución al patrimonio del deudor.

También se aplicarán los mismos beneficios de reducción y exención de penas cuando los autores o partícipes realicen **la restitución voluntaria de los bienes o la entrega de una suma de dinero equivalente a su valor**.

La reducción de pena puede ser por debajo del mínimo legal o hasta por dos tercios del máximo legal, según los casos.

7. ASPECTOS PROCESALES

El delito que analizamos sólo es perseguible por acción privada del agraviado ante el Ministerio Público. Excepcionalmente la denuncia puede promoverla la unidad competente del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la

Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI. Conforme a nuestra legislación corresponde a este organismo público desarrollar y supervisar los procedimientos especiales de reestructuración y reflotamiento.

Es de señalar también que las disposiciones procesales del artículo 213° del Código Penal conceden al INDECO-

PI legitimidad procesal para intervenir en los procesos penales que se formalicen a raíz de su intervención como denunciante.

Polonia

Prof. Dra Barbara Kunicka – Michalska

*Instituto de Ciencias Jurídicas
de la Academia de Ciencias de Polonia
Varsovia*

En la Legislación Penal de Polonia los delitos relacionados con insolvencias punibles están concebidos sobre todo en el Código Penal, pero también en el Código de Sociedades Comerciales y en la Ley llamada “ Ley sobre la insolvencia y las reparaciones”.

En el Código Penal estos delitos consisten un grupo de delitos contra los acreedores (arts.300 - 302 del CP) y se encuentran en la Parte Especial del Código Penal, en el Capítulo XXXVI, titulado : “Delitos contra el volumen económico”. Se trata de los siguientes delitos:

- el delito de insatisfacción de los intereses del acreedor (art.300 del CP),
- el delito de la insolvencia fraudulenta (art. 301 del CP),
- el delito de satisfacción arbitraria a los acreedores (art.302 del CP).

El delito de insatisfacción de los intereses del acreedor consiste en que el autor, amenazado con la insolvencia o la quiebra, frustra o disminuye la satisfacción a su acreedor eliminando, escondiendo, vendiendo, regalando, destruyendo, cargando o deteriorando, realmente o aparentemente, los componentes de sus bienes (el párrafo 1 del art. 300 del CP). Por realizar éste acto está prevista la pena de privación de la libertad hasta tres años. La pena será más severa (de 3 meses hasta 5 años) en el caso, cuando el autor del delito lo comete con el objetivo de frustrar la ejecución de la sentencia del tribunal o del otro órgano estatal y se trata de los elementos de los bienes confiscados o amenazadas con el embargo (el párrafo 2 del art. 300 del CP). Este último delito se llama el delito de la frustración de la ejecución en perjuicio del acreedor. La pena será aún más severa (de 6 meses hasta 8 años) cuando con el hecho del párrafo 1 del art.300 del CP se ha causado el daño a muchos acreedores.

Los delitos del art.300 del CP (en sus tres formas) están perseguidos de oficio sólo en el caso cuando el perjudicado es el Tesoro Público. En los demás casos están perseguidos por petición del perjudicado (el párrafo 4 del art.300 del CP).

El delito de la insolvencia fraudulenta tiene tres formas (art. 301 párrafo 1-3 del CP).

La primera forma del delito de insolvencia fraudulenta está prevista en el párrafo 1 del art.301 del CP, que establece: él, quién, siendo el deudor de varios acreedores, frustra o limita la satisfacción de lo debido de ellos por vía de la creación, a base de las normas legales, de una nueva entidad económica y transfiere a favor de ella los elementos de sus bienes (la pena de privación de la libertad de 3 meses hasta 5 años).

La segunda forma, prevista en el párrafo 2 del art. 301 del CP consiste en que el deudor de varios acreedores lleva a la quiebra de él mismo o a su propia insolvencia (la misma pena).

Ambas formas presentadas son delitos dolosos.

La tercera forma del delito de insolvencia, prevista por el párrafo 3 del art.301 del CP se refiere al delito culposo y consiste en que el deudor de varios acreedores de manera irreflexiva lleva a su propia quiebra o insolvencia, en particular disipando los elementos de los bienes, contrariando compromisos o firmando transacciones, evidentemente contrarios a los principios del quehacer (la pena de multa, la de limitación de la libertad o la de privación de la libertad hasta 2 años).

En el art.302 del CP están previstos los siguientes delitos (dolosos):

- el delito de favorecer a determinados acreedores (arbitraria satisfacción a los acreedores) - art.302 párrafo 1 del CP,
- el delito de la corrupción activa en perjuicio de los acreedores (art.302, párrafo 2 del CP),
- el delito de la corrupción pasiva en perjuicio de los acreedores (art.302 párrafo 3 del CP).

El primer delito consiste en que el deudor amenazado con la insolvencia o la quiebra, que no puede satisfacer a todos los acreedores, les paga o garantiza el pago sólo a algunos acreedores, por lo cual actúa en perjuicio de los demás (la pena de multa, la de limitación de la libertad o la de privación de la libertad hasta 2 años) - el párrafo 1 del art.302 del CP.

El delito de la corrupción activa está previsto en el párrafo 2 del art.302 del CP que establece : él, quién le brinda o promete brindarle al acreedor beneficios materiales por actuar en perjuicio de los demás acreedores a la luz del procedimiento de la quiebra o del procedimiento tendiente a evitar la quiebra (la pena de privación de la libertad hasta 3 años). Es la corrupción del acreedor.

El delito de la corrupción pasiva consiste en que el acreedor que con relación al procedimiento de quiebra o el procedimiento tendiente a evitar la quiebra recibe bene-

ficios por actuar en perjuicio de los demás acreedores o exige este tipo de beneficios (la pena de privación de la libertad hasta 3 años). Es el delito de la venalidad del acreedor¹.

Con éste tema está relacionado también el delito de no presentar la petición de quiebra de la sociedad comercial, previsto en el art. 586 del Código de Sociedades Comerciales. El art. 586 establece: “ Él, quién, como miembro de la junta directiva de la sociedad o el liquidador, no presenta la petición de quiebra de la sociedad comercial, a pesar de las condiciones que la justifican, de acuerdo con las normas jurídicas - incurre en la pena de la multa, la de limitación de la libertad o la de privación de la libertad hasta 1 año”.

En la Ley del 28 de febrero de 2003 sobre las insolvencias y el procedimiento de reparaciones (llamada “Ley sobre la insolvencia y las reparaciones” - Dz.U.No 60,pos.535 con cambios posteriores) hay normas penales. Según el art. 522 de esta Ley, el deudor o su representante (si el deudor tiene la personalidad jurídica o tiene el estatuto de la sociedad comercial sin la personalidad jurídica) indica datos falsos en la petición sobre la promulgación de la insolvencia o en la declaración sobre la iniciación del procedimiento de reparación, incurre en la pena de privación de la libertad de tres meses hasta 5 años (el párrafo 1 del art.522 de la Ley). La misma pena está prevista para el caso cuando se trata de los datos falsos sobre el patrimonio del deudor, presentados en el procedimiento judicial sobre la promulgación de la insolvencia o en procedimiento judicial de reparaciones (el párrafo 2 del art.522 de la Ley).

En el art. 523 de la misma Ley está prevista la pena de privación de la libertad de 3 meses hasta 5 años por no entregarle al síndico todos los bienes que consisten en la masa de la quiebra, de los libros de contabilidad y otros documentos sobre la propiedad si el sujeto activo del delito es la persona insolvente o el representante del insolvente (si el insolvente tiene la personalidad jurídica o el estatuto de la sociedad comercial sin la personalidad jurídica) - el párrafo 1 del art. 523 de la Ley citada.

La misma pena está prevista (en el párrafo 2 del art.523 de la Ley citada) si se trata de no ofrecerle al síndico o al juez – comisario la información sobre el patrimonio del insolvente.

Notas

1. Para más detalles véanse por ejemplo: O.Gorniak, Przewidy gospodarcze.Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu Karnego.Komentarz, C.H.Beck,Warszawa 2000 (Delitos económicos. El Capítulo XXXVI y XXXVII del Código Penal.Comentario, C.H.Beck,Varsovia 2000) pág. 56 y sigs.; J.Skorupka, Karno-

prawną ochroną wierzycieli (La protección jurídico – penal de los acreedores), Torun 2001; R. Zawlocki, Przepisy przeciwko wierzycielom. Komentarz do przepisów art. 300-302 kk (Los delitos contra los acreedores. Comentario a las normas de los arts. 300-302 del CP), Warszawa (Varsovia) 2001; R. Zawlocki, Rozdział XXXVI. Przepisy przeciwko obrotowi gospodarczemu (El Capítulo XXXVI. Los delitos contra el volumen económico), en: Kodeks Karny Człowieka szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222-316. Pod redakcją Prof. A. Wasek. 2 wydanie, C. H. Beck, Warszawa 2005 (Código Penal. Parte especial. Tomo II. Comentario a los arts. 222 – 316. A cargo de Prof. A. Wasek. Segunda edición. C. H. Beck, Varsovia 2005), pág. 1094 y sigs.; R. Zawlocki, Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze, C. H. Beck, Warszawa 2004 (Bases de la responsabilidad penal por los delitos económicos, C. H. Beck, Varsovia 2004).

Portugal

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (www.fd.unl.pt)

1. O Código Penal português declara a punibilidade das situações de insolvência nos arts 227.º e 228.º: o primeiro contempla a insolvência dolosa, punível com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa (alternativa) até 600 dias; e o segundo prevê a insolvência negligente, facto punível com prisão até um ano ou com pena de multa (alternativa) até 120 dias. Estas penas são agravadas em um terço nos seus limites mínimo e máximo se de algum dos factos típicos praticados resultarem frustrados créditos de natureza laboral, em sede de processo executivo ou processo especial de insolvência¹.

O âmbito da punibilidade da insolvência está tipificado nos artigos 227.º e 228.º do Código Penal, embora alguns dos seus conceitos tenham de ser concretizados e delimitados em articulação com as normas do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (Decreto-Lei, n.º 53/2004, de 18 de Março, com as últimas alterações operadas pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março). As fronteiras da intervenção penal neste domínio resultam assim do âmbito dos tipos incriminadores e do alcance que lhes oferecem alguns dos conceitos típicos partilhados com o Código da Insolvência.

Na versão inicial do Código Penal (de 1982) os crimes estavam configurados como modalidades de falência de comerciantes (arts 325.º e 326.º), tendo sido mais tarde destacada a punibilidade da insolvência, tinham penas mais baixas e a forma negligente tinha natureza semi-pública (o início do procedimento criminal dependia de uma queixa tempestiva e legítima de um credor). Durante as

últimas duas décadas as incriminações foram substancialmente alteradas (a última alteração ocorreu através do Decreto-Lei, n.º 53/2004, de 18 de Março) quer quanto ao seu âmbito (deixaram de se aplicar apenas a comerciantes, sendo eliminada o regime de tutela diferenciada – comerciantes/não comerciantes - do início de vigência do Código Penal), quer quanto às *penas* (que foram agravadas), quer quanto à natureza do crime na forma negligente que passou a ser também um crime público (actualmente, o Ministério Público não está dependente de queixa para iniciar o inquérito pela eventual prática de uma insolvência negligente)².

2. Os crimes de insolvência (tal como os anteriores crimes falenciais, do início de vigência do Código Penal) estão sistematicamente enquadrados na codificação penal como *modalidades de crimes contra o património* (mais especificamente, “crimes contra direitos patrimoniais”). Em parte por força deste enquadramento sistemático e também devido aos seus elementos típicos (concretamente configurados em função dos interesses dos credores que o agente visa prejudicar, do objecto da acção que directa ou indirectamente é o património do devedor e da situação de insolvência, que implica um défice patrimonial) é razoável dizer-se que os crimes de insolvência (tal como os anteriores crimes falenciais) contemplam formas de agressão ao património. Dito de outra forma, o bem jurídico tutelado pelas incriminações é o património dos credores ou, de forma mais específica, *o segmento de direitos patrimoniais do credor perante o (património do) devedor*. Não estamos – no caso do Direito português - perante um crime económico, mas sim perante um crime patrimonial. As dimensões *supra* individuais de tutela que alguma doutrina aponta, como “a economia de crédito” ou “a confiança nas relações comerciais” não é objecto de protecção jurídica directa pela norma incriminadora, mas eventualmente e apenas dimensões extra-típicas de danosidade dos factos, resultados ou consequências danosas não compreendidas no tipo de crime, sempre atendíveis, no entanto, ao nível da determinação concreta da pena³.

É evidente que a consciência da danosidade económica e social de práticas fraudulentas no âmbito de sociedades comerciais de capital aberto e disperso pelo público aponta em sentido diverso, como demonstram as fraudes financeiras descobertas nos últimos anos em grandes sociedades comerciais europeias e norte-americanas⁴. Mas isso não permite *de lege lata* reconfigurar a natureza axiológica do crime, mas quando muito deve conduzir a uma reflexão sobre a forma de intervenção penal nestas realidades.

A identificação do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora com os direitos patrimoniais dos credores

permite, por outro lado, afirmar que estes são ofendidos com legitimidade para se constituírem como assistentes no processo penal que tenha como objecto crimes de insolvência (art. 68.º, n.º 1 al. a) do Código de Processo Penal), exercendo dessa forma os direitos de intervenção processual que lhes são reconhecidos por lei.

3. O crime de insolvência dolosa exige na sua configuração típica (art. 227.º do Código Penal) os seguintes elementos: (i) uma qualidade típica do agente, (ii) uma conduta danosa tipicamente descrita, (iii) um resultado ilícito que é consequência da conduta, (iv) o dolo do agente, (v) um elemento subjectivo especial e (vi) uma condição objectiva de punibilidade. Vejamos cada um destes aspectos isoladamente.

(i) O crime do art. 227.º, n.º 1 do Código Penal é um crime específico, pois está recortado em função de uma precisa qualidade típica que é a de “devedor”. O facto de a punibilidade da conduta depender o reconhecimento judicial da situação de insolvência, faz, como bem nota Pedro Caeiro, com que o tipo só abranja “o devedor cuja insolvência possa ser objecto de reconhecimento judicial”⁵. Neste sentido, o círculo de agentes é condicionado pelo elenco do art. 2.º do Código da Insolvência que prevê os possíveis sujeitos passivos da declaração de insolvência e desse elenco exclui algumas entidades (pessoas colectivas públicas, entidades públicas empresariais e empresas do sector financeiro sujeitas e um regime especial). Mas não só: também pela natureza da responsabilidade criminal que faz com que (salva a hipótese de declaração legal expressa) incida em regra sobre pessoas físicas (art. 11.º do Código Penal). Por isso, o âmbito subjectivo da incriminação não se pode limitar à qualidade de devedor, já que esta pode incidir sobre uma pessoa colectiva (ou entidade equiparada) ou, mesmo, sobre um património autónomo (uma herança, por exemplo) que não podem ser criminalmente responsabilizados. Para o efeito, o Código Penal contempla duas formas de alargamento do âmbito da autoria: a regra da responsabilidade por actuação em nome de outrem (art. 12.º) e uma regra específica de autoria no n.º 3 do art. 227.º, que conduz a punir em tais casos (em que o devedor não é autor penal idóneo) “quem tiver exercido de facto a respectiva gestão ou direcção efectiva e houver praticado alguns dos factos do n.º 1”⁶.

(ii) O art. 227.º contempla cinco grupos de condutas ilícitas, depois concretizadas em descrições particulares quanto à forma e ao objecto de execução, a saber⁷: (a) condutas que provocam uma diminuição real do património do devedor (v.g. destruição, inutilização ou ocultação de activos); (b) condutas que diminuem ficticiamente os

activos (v.g. através de contabilidade falsa ou falsificada, falsos balanços ou adulteração ou destruição de documentos relevantes) ou (c) criam ou agravam artificialmente prejuízos ou reduzem lucros; (d) comportamentos negociais de ocultação da crise financeira (v.g. aquisições seguidas de vendas a preço inferior ao corrente); (e) a prática destes factos por terceiros com conhecimento do devedor ou em benefício deste (esta última prevista no n.º 2 do art. 227.º do Código Penal).

(iii) É necessário que a conduta ilícita provoque “a situação de insolvência” (art. 227.º, n.º 1) entendida normativamente como a impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações vencidas (art. 3.º, n.º 1 do Código da Insolvência). O crime é portanto de natureza material e a exigência deste elemento estabelece “limiares mínimos de ofensividade da conduta proibida” (Pedro Caeiro)⁸.

(iv) A conduta tem de ser dolosa, podendo assumir qualquer uma das formas de dolo do art. 14.º do Código Penal: directo, necessário ou eventual.

(v) No art. 227.º, n.º 1 existe um elemento subjectivo especial desenhado genericamente e depois dois elementos subjectivos especiais, associados a certas formas típicas de comissão do facto. O primeiro é comum a todas as formas de comissão do crime e consiste em ter a “intenção de prejudicar os credores” (art. 227.º, n.º 1); o segundo, é a intenção de retardar a falência associada à compra de mercadorias a crédito (art. 227.º, n.º 1, al. d) e o terceiro a intenção de vender tais bens ou dá-los em pagamento a preço sensivelmente inferior ao corrente, também associada a esta conduta de compra de mercadorias a crédito (*idem*). As condutas de terceiros (art. 227.º, n.º 2) exigem igualmente a intenção de beneficiar o devedor, como se referiu⁹.

(vi) Finalmente, o tipo incriminador exige para além do ilícito cometido uma condição objectiva de punibilidade que consiste no reconhecimento judicial da insolvência¹⁰. Trata-se de um elemento adicional ao facto ilícito, mas estruturalmente exterior a este pois consiste numa decisão judicial, um facto autónomo de terceiro, que, por isso, não pode integrar o facto ilícito imputável pessoalmente ao autor do crime.

A condição objectiva de punibilidade produz diversos efeitos sobre o âmbito da incriminação, a saber: em primeiro lugar, restringe o círculo de potenciais autores aos agentes que possam ser visados por uma declaração judicial de insolvência; em segundo lugar, restringe o âmbito da intervenção penal, pois não basta a verificação da insolvência causada pelo agente é necessário que a mesma

seja objecto de reconhecimento judicial – dito de outra forma, nem toda a insolvência dolosa é punível; em terceiro lugar, confere materialidade e certeza à intervenção penal, já que dessa forma se tem a garantia de que a intervenção penal se faz sobre uma situação de insolvência que substancialmente não oferece dúvidas dado o seu reconhecimento judicial; em quarto lugar, minimiza-se a possibilidade de contradição de decisões ente a instância civil e penal; em quinto lugar, evita-se que a intervenção penal seja inoportuna e possa ela própria precipitar um agravamento da situação patrimonial do devedor ou dificultar a sua recuperação económica; finalmente, em coerência com este regime, a ausência de condição objectiva de punibilidade impede o exercício da acção penal (v.g. a abertura de inquérito ou, pelo menos, a dedução de acusação) antes do reconhecimento judicial da insolvência, pois até lá e antes desse momento o facto não atingiu o limiar mínimo da dignidade penal e da carência de pena eleito pelo legislador: não é ainda crime e por isso não pode ser objecto de um processo penal.

O que vale por dizer que através da condição objectiva de punibilidade se racionaliza a intervenção penal, se cumprem objectivos de política criminal essenciais para o bom funcionamento do sistema penal e se protege o próprio sistema económico dos possíveis efeitos nefastos de uma intervenção penal sobre situações não consolidadas no plano económico e jurídico.

4. Uma nota final sobre o crime de insolvência negligente previsto no art. 228.º do Código Penal. Ao contrário do que acontece com muitos dos crimes negligentes, em que o legislador para a mesma conduta altera apenas o título de imputação subjectiva e a pena aplicável, o tipo incriminador neste caso contempla comportamentos diferentes daqueles previstos no crime doloso.

Assim, na alínea a) do art. 228.º, n.º 1 prevê-se o caso de “por grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas, ou grave negligência no exercício da sua actividade” o devedor (ou a pessoa com domínio da gestão da entidade em causa) criar um estado de insolvência que se concretize numa situação desta natureza. Também aqui a punibilidade é condicionada ao reconhecimento judicial da insolvência.

Além disto, a alínea b) do mesmo preceito cria uma situação de omissão pura em que alguém, consciente das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, não requer em tempo nenhuma providência de recuperação. Neste caso, é difícil associar a omissão ao resultado (situação de insolvência), pois a sua causa é outra que não a omissão do agente. Por isso também a condição objectiva de punibilidade (o reconhecimento judicial da insolvência), apesar de limitar o âmbito penal da omissão pura,

acaba por não possuir as mesmas virtualidades dogmáticas e político-criminais que revela no contexto da insolvência dolosa e dá origem a problemas dogmáticos associados à legitimidade da incriminação (entre outras razões, porque a punibilidade do facto passa a depender do reconhecimento judicial dum resultado que não foi causado pela omissão do agente, mas que se verificará se houver reconhecimento judicial da insolvência).

A doutrina portuguesa recebeu de forma muito crítica esta forma de delimitação legal do crime de insolvência negligente, quer quanto à sua dignidade punitiva, quer quanto ao seu âmbito material, congruência e conformidade constitucional¹¹.

Notas

1. Para uma leitura destas incriminações, veja-se, com assinalável profundidade e vários elementos históricos e de Direito comparado, Pedro CAEIRO in Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pag. 402 e ss. Do mesmo Autor, ainda, *Sobre a natureza dos crimes falenciais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, com muita informação histórica sobre a matéria (v.g. pags 91 e ss). Uma análise em alguns pontos não coincidente com os trabalhos anteriores, encontra-se em Maria Fernanda PALMA, “Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1995, pp. 401 e ss.

2. Uma parte destas alterações estão documentadas e analisadas em Pedro CAEIRO *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1), pag. 402 e ss, até 1999 e em Maria Fernanda PALMA, *RFDUL* (1995), p. 404, com especial atenção sobre as alterações da reforma penal de 1995.

3. Neste sentido, Pedro CAEIRO *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1), pag. 407-408. Em sentido oposto, Maria Fernanda PALMA, *RFDUL* (1995) (cit. nota 1), p. 402.

4. Sobre o tema, Frederico de Lacerda da COSTA PINTO, “Falsificação de informação financeira nas sociedades abertas” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* n.º 16 (2003), pp. 99-135.

5. Pedro CAEIRO *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1), pag. 408.

6. Com grande pormenor sobre o âmbito da autoria nos crimes falenciais, Pedro CAEIRO *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1), pag. 408 a 412.

7. Segue-se uma descrição adaptada do enquadramento de Pedro CAEIRO *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1), pag. 412 a 420.

8. O Autor considera este elemento uma possível fonte de tutela diferenciada do património de comerciantes e não comerciantes, já que a capacidade de recurso ao crédito pelos primeiros faz com que o simples défice patrimonial destes não ofenda o bem jurídico (*loc cit.* pag. 421). Mas esta selecção dos casos relevantes acaba, em meu entender, por ser feita através da exigência da condição objectiva de punibilidade que adiante se refere (reconhecimento judicial da insolvência).

9. Sobre o conteúdo, alcance e limites destes elementos subjectivos especiais, veja-se Pedro CAEIRO *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1), pags 423-424.

10. Veja-se Maria Fernanda PALMA, *RFDUL* (1995) (cit. nota 1), p. 405 e ss; Pedro CAEIRO *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1), pags 425.

11. Veja-se Maria Fernanda Palma, *RFDUL* (1995) (cit. nota 1), p. 409 e ss, com vários problemas de configuração e articulação dos tipos; depois, Pedro Caeiro *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1), pags 438 e ss, com um elenco de críticas muito vasto e pertinente.

Turquía

Dr. Baris Erman

Universidad de Estambul

El sistema penal turco sólo conoce dos tipos delictivos relativos a la insolvencia: la bancarrota fraudulenta y la bancarrota imprudente. En este sentido, la insolvencia por sí solo no es punible en el derecho penal turco. El Código Penal antiguo no contenía ninguna definición de los hechos, sino solamente las penas relativas (Art. 506 y 507). Definiciones que remiten a astas penas se hallan en los artículos 310 (*bancarrota imprudente*) y 311 (*bancarrota fraudulenta*) de la Ley de Ejecución Forzosa y Insolvencia (LEI). A consecuencia de esto, las disposiciones del Código Penal habían sido tratadas como normas en blanco, en que la jurisprudencia suplía el sentido de los tipos penales con los contenidos de las normas en la LEI.

Con el nuevo Código Penal 2005 (CP), el legislador se decidió de definir cada tipo de obra para complacer las críticas relativas al non cumplimiento del principio de precisión. Las nuevas disposiciones sobre la insolvencia punible son las siguientes:

Art. 161 – Bancarrota fraudulenta (Alzamiento)

Será castigado con pena de prisión de tres a ocho años el que realizara cualquier acto de disposición patrimonial fraudulento con finalidad de disminuir su patrimonio, a condición de que haber declarado en quiebra antes o después de dicho acto. La existencia del alzamiento depende de que el responsable:

- esconda u oculte las bienes que formaran parte de la garantía real de los acreedores o cause una disminución de valor de dichas bienes
- oculte o destruya cualquier libro de contabilidad, registro o documentación con finalidad de impedir el descubrimiento de actos de disposición fraudulentos cometidos para esconder el patrimonio,

- prepare cualquier documento que causara una aumentación de deuda sin que existiera una obligación convencional con finalidad de dar la impresión que sí existiera dicha obligación.
- presente la columna del activo como menos de que fuera en realidad a través de registros de contabilidad falsos o preparando una balance falsa.

Art. 162 – Bancarrota imprudente

Será castigado con pena de prisión de dos meses a un año el que cause la bancarrota a través de una inobservancia de la obligación de obrar con diligencia resultando de la calidad del comerciante, a condición de haber declarado en quiebra.

Sin embargo, las disposiciones de la LEI no han sido derogadas expresamente con la adopción del nuevo Código Penal. A esto hay que añadir que los dichos artículos de la LEI están formuladas en sentido más amplio que las del CP y contienen una lista de hechos punibles relativos a la bancarrota. Esta situación da lugar a un problema mayor: los artículos de la LEI refieren al CP expresamente, acentuando que “estos hechos serán castigados según las disposiciones del Código Penal”. Además, estas disposiciones destinan que los miembros de la familia del quebrado también serán castigados como alzadores, si ellos fueran cómplices al hecho.

Pero, los nuevos artículos en el CP han sido formulados muy estrictamente, precisando que solo los hechos listados en el CP serán punibles. En consecuencia, es necesario aceptar que el nuevo CP implique la derogación tácita de los artículos 310 y 311 de la LEI.

Según las nuevas reglas el autor de los delitos sólo puede ser el comerciante quebrado. Además, la declaración en quebrado ha sido aceptada como una condición objetiva de punibilidad, resultando en una doble restricción de la aplicabilidad del tipo delictivo. Además, la bancarrota es la sola forma de insolvencia punible según estos tipos. En casos de concurso o suspensión de pagos, el autor de hechos similares sólo puede hacerse responsable del fraude en general, a condición de que la obra cumpla con las presuposiciones de este delito, es decir, en los casos que toda obra del autor hubiera sido dirigida al fin de estafar a los acreedores desde la comienzo.

Los hechos enlistados en el art. 161, sub. a-d han sido provistos como tipos alternativos, a pesar de la vaguedad de la fórmula utilizada en el artículo. Los motivos del CP 2005 expresan esta característica de la norma.

El tipo de la bancarrota imprudente en el art. 162 CP no contiene ninguna especificación sobre las eximentes de la obligación de obrar con diligencia como comerciante, aunque el art. 310 de la LEI había listado numerosos he-

chos según el principio de *numerus clausus*. Según los motivos del CP, el contenido de esta obligación será determinado con arreglo del Código Mercantil.

La nueva disposición sobre la bancarrota imprudente lleva el peligro de enrobar no solo los casos de bancarrota imprudente, pero también una grande porción de las insolvencias, porqué en muchos ejemplos será posible sostener que la insolvencia fuera el resultado de cualquier acción imprudente del comerciante. En todo caso ha de mantener que la “imprudencia” implique un nivel de culpabilidad en el sentido del derecho penal, es decir, el autor habrá a haber actuado fuera del área de riesgo permitido en la vida comercial. La insolvencia culpable simplemente en el sentido del derecho privado sigue hallándose fuera de las reglas del CP.

Ucrania

Wolodymyr Hulkevych

Jefe de Sección de la Fiscalía de la provincia de Ternopil.

Postgraduado de la Cátedra de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Iván Frankó de Lviv

I. Introducción

Durante el periodo de estadía de Ucrania en la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, la legislación penal de ésta, no sabía de responsabilidades por la ejecución de acciones relacionadas con la insolvencia financiera. El sistema de administración estatal de la economía no admitía la posibilidad de que cualquier empresa estatal o hacienda colectiva (koljós) fuera declarada en quiebra.

Solo en 1994 y 1999, al Código Penal (en adelante - CP) de Ucrania del año 1960 le fueron añadidos 3 artículos que establecían la responsabilidad penal por las acciones criminales relacionadas con la insolvencia financiera (Ley del 28 de noviembre de 1994, Boletín del Consejo Supremo de Ucrania. 1994. Nº 19. Art. 111 y la Ley del 30 de junio de 1999, Boletín del Consejo Supremo de Ucrania. 1994. Nº 42-43. Art. 378).

En el actual CP de Ucrania del año 2001, vigente hoy en día, (Ley del 5 de abril del 2001, Boletín del Consejo Supremo de Ucrania. 2001. Nº 25-26. Art. 131), las normas que establecen la responsabilidad por los delitos relacionados con la insolvencia, se determinan en los Art. 218-

221 del apartado VII “Delitos en el campo de las actividades económicas” de la Parte Especial del Código.

Se considera que el bien jurídico de los delitos relacionados con la insolvencia es el orden establecido por la ley, de ejercicio de actividades económicas en lo que se refiere a la protección de los intereses de los ciudadanos, de las personas jurídicas y del estado, ante los riesgos condicionados por una persistente insolvencia financiera de los sujetos económicos, cuyas actividades son jurídicamente fijadas durante el estudio del caso de insolvencia de tal sujeto.¹

Cabe hacer notar que un signo obligatorio del tipo básico de todos los delitos relacionados con la insolvencia, es el perjuicio material considerable, que de acuerdo con anexo al Art. 218 del CP de Ucrania, supera en 500 y más veces el monto de la unidad mínima de la base no imponible.

II. La insolvencia ficticia

De acuerdo con el Art. 218 del CP de Ucrania “La insolvencia ficticia” que es la falsa y deliberada declaración oficial que hace un ciudadano - fundador o propietario de un sujeto económico y también de un funcionario de un sujeto económico, y también de un ciudadano- sujeto económico, sobre su imposibilidad financiera para el cumplimiento de las exigencias de sus acreedores y de las obligaciones ante el presupuesto nacional, en el caso de que estas acciones hayan producido un considerable perjuicio material a los acreedores o al estado, será sancionado con multa equivalente a una suma que va de 750 a 2000 veces el valor de la unidad mínima de la base no imponible o con privación de libertad por un término de hasta tres años.

El reconocimiento de la insolvencia del sujeto económico, según la Ley de Ucrania “Sobre el restablecimiento de la solvencia del deudor o el reconocimiento de su insolvencia” en la redacción del 30 de junio de 1999 con las siguientes reformas (Boletín del Consejo Supremo de Ucrania. 1999.- Nº 42-43.- Art. 378), se determinará por el Juzgado en lo económico. En concordancia con el apartado 7 del Art. 5 de esta Ley, sus disposiciones no pueden ser aplicadas a las empresas estatales; que hasta hoy en día no pueden ser reconocidas como insolventes.

En los Artículos 218-221 del CP de Ucrania se utilizan los términos “insolvencia financiera”, “insolvencia financiera persistente” y “bancarrota”, cuyos significados es preciso explicar. La Ley de Ucrania “Sobre el restablecimiento de la solvencia del deudor o el reconocimiento de su insolvencia” contiene solamente los términos “insolvencia ” y “bancarrota”

Según el Art. 1 de esta Ley, la insolvencia es la incapacidad del sujeto económico para hacer frente al pago de las deudas que adquiridas ante los acreedores después de cumplidos los plazos fijados, incluidas también las deudas por concepto de salarios, también es la incapacidad de cumplir sus obligaciones en los pagos de seguros de seguros de jubilación estatal que son obligatorios, en los pagos de impuestos y gravámenes (pagos obligatorios), a no ser que sea a través y después del restablecimiento de su solvencia.

En la doctrina jurídica del derecho penal ucraniano, se considera que los términos “insolvencia financiera”, “insolvencia financiera persistente” y “bancarrota” son nociones idénticas.²

Además, la bancarrota es el reconocimiento, hecho por el juzgado en lo económico, de la incapacidad del deudor para restablecer su solvencia y cumplir con las exigencias de los acreedores, impuestas por el juzgado; a no ser que sea mediante procedimientos de liquidación.

El tipo básico del delito establecido en el Art. 218 del CP de Ucrania consiste en que precisamente el juzgado en lo económico llame a juicio por la falsa y deliberada declaración oficial, sobre su imposibilidad financiera del sujeto económico para cumplir con las exigencias de sus acreedores y con las obligaciones ante el presupuesto nacional. La falsa y deliberada declaración oficial se explica porque los datos del registro de insolvencia financiera no corresponden a la realidad, por cuanto el estado financiero del sujeto económico le posibilita cumplir con sus obligaciones.

El delito se considera consumado solo en el caso de perjuicio material considerable en contra del sujeto pasivo, quien puede ser cualquier persona física o jurídica (empresa).

Así pues, solo la presentación de la denominada anteriormente declaración oficial, puede considerarse tentativa de perpetración del delito establecido en el Art. 218 del CP de Ucrania, en caso de que llevara el deudor intenciones de perjudicar materialmente y considerablemente al acreedor. No obstante, en el caso de que estas intenciones no fueran establecidas, esta persona podrá eludir cualquier responsabilidad.

Según las disposiciones del Art. 218 del CP de Ucrania, el sujeto activo de este delito puede ser el fundador de algún sujeto económico (empresa; sociedad), su propietario o funcionario, una persona física - sujeto que ejerce actividades económicas.

A nuestra opinión, tal formulación es una definición poco comprensible y muy amplia, pues el fundador de un sujeto económico y su propietario, según su significado, son términos sinónimos. A todo esto, el concepto de “funcionario” a modo de ver del Art. 218 del CP de Ucrania, es

un término muy amplio, pues la declaración oficial de insolvencia financiera del sujeto que realiza actividades empresariales, puede ser firmada solo por el dirigente de este sujeto económico - por el Jefe del consejo administrativo, director, etc., y no por otro funcionario como por ejemplo, el director adjunto o el contador general.

El tipo subjetivo del delito de caracteriza por el tipo de intención - directa o indirecta.

III. Conducción al estado de bancarrota

En concordancia con el Art. 219 del CP de Ucrania “La conducción al estado de bancarrota” en forma premeditada, con fines de lucro, o para conveniencia propia o en intereses de terceras personas, realizada por el propietario o funcionario del sujeto económico, son las acciones que llevaron al sujeto económico al estado de insolvencia financiera persistente, en el caso de que estas hayan ocasionado perjuicios materiales considerables al estado o al acreedor, y son penadas con multa de 500 a 800 veces el valor de la unidad mínima de la base no imponible o con privación de libertad por un término de hasta tres años, con la privación de la potestad de ocupar determinados cargos o dedicarse a determinadas áreas de la actividad económica por un periodo de hasta tres años.

El tipo básico de este delito puede considerarse como la realización de diferentes acciones, desfavorables para el sujeto económico y cuyas consecuencias llevarán a este sujeto a la bancarrota y causarán considerables perjuicios materiales a los acreedores o al estado.

Acciones de ésta índole pueden ser:

- La conclusión de convenios jurídicos deliberadamente desfavorables, lo mismo que convenios falsos;
- El pago no fundamentado de activos en favor de terceras personas;
- La transmisión no fundamentada de bienes de la persona jurídica en favor de terceras personas.

Por causas incomprensibles el grupo de sujetos activos de delito, establecido por el Art. 219 del CP de Ucrania, está limitado solo a los propietarios o funcionarios del sujeto económico. Kruglova O.O. de una forma completamente justa propone completar la relación de sujetos activos de este delito, y el concepto de persona física se limita solo a los sujetos que efectúan actividades empresariales.³ Grek B.M. propone que el sujeto activo que conduce a la empresa a la bancarrota puede ser incluso el mismo acreedor.⁴

El tipo subjetivo del delito se caracteriza también por el tipo de intención que se tiene - directa o indirecta y por que la característica principal de este delito es el motivo con fin de lucro.

IV. El encubrimiento de la insolvencia financiera persistente

El tercer delito relacionando con la bancarrota es el encubrimiento de la insolvencia financiera persistente (Art. 220 del CP de Ucrania). El encubrimiento premeditado, hecho por un ciudadano – fundador o propietario del sujeto económico y también por un funcionario de este sujeto económico, de la insolvencia financiera persistente, manifestada en la presentación de datos falsos, en el caso de que esto haya ocasionado perjuicios materiales considerables al acreedor, es penado con multa de 2000 a 3000 veces el valor de la unidad mínima de la base no imponible o con privación de libertad por un término de hasta dos años, con la privación de la potestad de ocupar determinados cargos o dedicarse a determinadas áreas de la actividad económica por un periodo de hasta tres años.

El tipo objetivo del delito puede ser también la presentación premeditada de datos falsos por el deudor al acreedor o al juzgado en lo económico ventila el asunto de bancarrota, y que hacen aparentar de un estado financiero normal.

A este delito, están también ligados los mismos problemas que describimos más arriba al caracterizar los delitos establecidos en el Art. 218-219 del CP de Ucrania.

El tipo subjetivo del delito se caracteriza también por el tipo de intención que se tiene - directa o indirecta.

V. Actos ilegales en los casos de bancarrota

En conformidad con el Art. 221 del CP de Ucrania “Los actos ilegales en casos de bancarrota” son penados con multa de 100 a 500 veces el valor de la unidad mínima de la base no imponible o con privación de libertad por un término de hasta tres meses, con la privación de la potestad de ocupar determinados cargos o dedicarse a determinadas áreas de la actividad económica por un periodo de hasta tres años para el ciudadano infractor premeditado - fundador, propietario del sujeto económico o funcionario del sujeto económico en el caso de bancarrota ocasionada por los siguientes actos, que conllevaran a un perjuicio material considerable:

- El encubrimiento de los bienes o de las obligaciones a pagar en forma de bienes, y de los datos sobre los bienes;
- La transmisión de los bienes y otras propiedades o su enajenación o destrucción;
- La falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que muestran las actividades financieras o económicas.

Indudablemente, todas estos actos pueden ser cometidos solo después de iniciado el procedimiento judicial por motivo de bancarrota por el juzgado en lo económico.

Boldar G. con sumo derecho afirma que el delito descrito en el Art. 221 del CP de Ucrania está relacionado con aquellos delitos como la destrucción premeditada de los bienes de propiedad (Art. 194 del CP de Ucrania), destrucción premeditada o ocultación de documentos (Art. 357 del CP de Ucrania), la falsificación de documentos (Art. 358 del CP de Ucrania), el abuso de autoridad (Art. 365 del CP de Ucrania), falsificación de cargos (Art. 366 del CP de Ucrania), el incumplimiento de las resoluciones judiciales (Art. 385 del CP de Ucrania)⁵

El tipo subjetivo del delito se caracteriza también por el tipo de intención que se tiene - directa o indirecta

VI. Conclusiones

Sin lugar a dudas, la legislación de disposiciones, normas de la Ley penal, que establece el grado de responsabilidad de los delitos relacionados con la bancarrota, no es perfecta.

En primer lugar, de ninguna manera se deberá considerar fundamentado el reconocimiento de los delitos señalados en el Art. 218-221 del CP de Ucrania, como delitos con elemento de delito material. En estas circunstancias, la iniciación de procedimientos judiciales relacionadas con la bancarrota, en consecuencia de la cual, resulta un perjuicio material menor a 500 veces el valor de la unidad mínima de la base no imponible o con privación (aproximadamente 14000 Euros), quedan del todo sin pena alguna. Al respecto, Zelenov G.M. propone reducir el monto estimado de perjuicio material considerable, en consideración del Art. 218 -221 del CP de Ucrania de 500 a 300 veces el valor de la unidad mínima de la base no imponible.⁶ Grek B.M. constata que el reconocimiento de los delitos relacionados con la bancarrota, como delitos con elemento de delito material, se diferencia grandemente del que se tiene en la práctica mundial.⁷

En segundo lugar, teniendo en cuenta la posición incondicional de las normas del CP de Ucrania arriba mencionadas, hace falta determinar legislativamente los términos “incapacidad”, “insolvencia”, “insolvencia financiera” e “insolvencia financiera persistente”.

En tercer lugar, hace falta precisar el círculo de posibles sujetos activos de delito relacionados con la bancarrota.

Indudablemente que las normas que establecen la responsabilidad por las acciones relacionadas con la bancarrota, serán perfeccionadas durante las siguientes reformas de la legislación penal de Ucrania.

Notas

1 Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 3-тє видання перероблене і доповнене. За ред. М.І.Мельника, М.І.Хавронюка (Comentarios científicos y prácticos del Código Penal de Ucrania. Tercera edición, revisada y completada. Bajo la redacción de M.I.Melnyk, M.I.Javroniuk). - Kiev, 2005. - p. 542.

2 Г.М.Зеленов. Проблемні аспекти об'єктивної сторони складу злочину „фіктивне банкрутство” // Кримінальне право України (Zelenov G.M. Aspectos problemáticos del tipo básico del delito “Insolvencia ficticia”// Derecho penal de Ucrania). – 2006. – № 8. – p. 49

3 О.О.Круглова. Кримінальна відповідальність за доведення до банкрутства (аналіз складу злочину). Автореферат дис... канд. юрид. наук (Kruglova O. O. Responsabilidad penal por la conducción al estado de bancarrota (análisis del corpus delicti). Memoria de la tesis de post-grado en ciencias jurídicas). Kharkiv, 2005. – p. 12

4 Б.М.Грек. Кримінально-правова відповідальність за фіктивне банкрутство та доведення до банкрутства. Автореферат дис... канд. юрид. наук (Grek B.M. Responsabilidad jurídica penal por insolvencia ficticia y conducción al estado de bancarrota Memoria de la tesis de post-grado en ciencias jurídicas). Kiev, 2005. – p. 11

5 Г.Болдарь. Співвідношення незаконних дій у разі банкрутства та суміжних складів злочинів // Прокуратура. Людина. Держава (Boldar G. Proporción entre los actos ilegales en los casos de bancarrota y los delitos relacionados // La fiscalía. El hombre. El estado (La Revista de la Fiscalía General de Ucrania). – 2005. - № 5. – p. 51-59

6 Zelenov G.M. Op. cit. – p. 56

7 Grek B.M. Op. cit. – p. 11

Uruguay

Pablo Galain Palermo

*Doctor en Derecho Penal. Colaborador Científico
Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero
e Internacional, Friburgo-Alemania*

1. Generalmente las conductas que pueden englobarse dentro de las “insolvencias punibles” atentan contra intereses de la sociedad y de los particulares. En Uruguay, el Derecho penal tiene poco que aportar para la prevención de las mismas y mal cumple su función de control social secundario y de protección de los bienes jurídicos. Normativamente, juega un papel meramente simbólico, por un lado, porque muchas normas penales obedecieron a un concreto período de tiempo en el que se pretendió la salvaguarda de intereses nacionales a través de un fuerte intervencionismo estatal (cfr. Ley 14.095 de 17.11.1972),¹ y por otro, porque la administración de justicia carece de los mecanismos adecuados para la represión de tales conductas.²

2. En el Título IX del Código Penal Uruguayo se encuentran tipificados los delitos que ofenden a la economía y a la hacienda pública (cfr. Arts. 253 a 257). El bien jurídico tutelado en estos delitos, según la ubicación sistemática que ofrece el Código penal y la interpretación de la doctrina tradicional, comprendería a la riqueza nacional (aquello que también se entiende como el erario público, el patrimonio del Estado, el fisco, el tesoro nacional),³ aquel interés que tiene la comunidad en conservar o asegurar sus bienes económicos y recursos financieros.⁴ Sin embargo, un sector de la doctrina nacional sostiene la inexistencia de delitos contra el orden económico propiamente dicho, en tanto se trata de delitos contra el patrimonio que en ocasiones podrían afectar a determinadas variables económicas.⁵ En mi opinión, estos delitos bien podrían haberse ubicado junto a los delitos contra el patrimonio, “acentuando de esa forma el derecho de crédito derivado de la relación deudor-acreedor; sin embargo, el codificador prefirió acentuar la economía crediticia como aspecto económico supraindividual”.⁶

3. La doctrina uruguaya entiende que la quiebra, el fraude en las sociedades anónimas y la insolvencia fraudulenta pueden ser consideradas figuras pluriofensivas en cuanto ofenden al patrimonio de privados y, potencialmente, podrían -en determinada situación- llegar a incidir negativamente en la economía pública.⁷

4. El Código penal no define el delito de quiebra, en cuanto que el Art. 253 CP sólo hace referencia a la pena que recibirá el *quebrado fraudulento*, constituyéndose en un pésimo ejemplo de una norma penal de reenvío, donde la definición de la conducta punible debe rescatarse de un ordenamiento distinto al penal.⁸ La definición de *quebrado fraudulento* y de *quebrado culposo*⁹ debe rescatarse del Código de Comercio (cfr. Art. 1572), que indica que sujeto activo de este delito puede ser, únicamente, el comerciante que ha cesado el cumplimiento de sus obligaciones mercantiles.¹⁰ La **cesación de los pagos** debe ser comprobada mediante una declaración judicial, elemento éste que -según opina BAYARDO- integra el concepto de quiebra.¹¹ Según dicho autor, será la declaración civil de la quiebra el elemento unitario de las múltiples posibles cesaciones de pago, indicador del elemento subjetivo que domina tales cesaciones, que decidirá si tal cesación de pagos se ha debido a comportamientos dolosos o culposos del comerciante quebrado (calificación de la quiebra). Ahora bien, en mi opinión, dicha declaración no es más que una condición objetiva de procedibilidad, circunstancia (ésta) que pone en duda que pueda -a la misma vez- formar parte de un concepto unitario de quiebra -como pretende BAYARDO-, cuando su función consiste (y se agota) en despejar el camino para la intervención del Derecho penal¹² y cuando,

además, dicha calificación civil de la quiebra no tiene por qué ser compartida por el juez penal (cfr. Art. 1669 Código de Comercio).¹³ Por tanto, una condición de procedimiento que reviste la misma naturaleza que la cláusula contractual *rebus sic stantibus*, no podría integrarse como elemento característico y permanente de un delito. El elemento característico del delito de quiebra es la **cesación fraudulenta de pagos** del comerciante, y es la declaración civil de la condición de quebrado que lo califica como quebrado doloso o culposo tan sólo una mera **condición objetiva de procedibilidad**.¹⁴

5. El sujeto activo del delito de quiebra es la persona física **comerciante declarado en quiebra**, pues, por expreso designio de la ley 2.230 de 1893, la persona jurídica no “quiebra” sino que sólo puede “liquidarse” (cfr. Art. 13). Sin embargo, la condición de quebrado fraudulento puede alcanzar a los directores y administradores de las sociedades anónimas (cfr. Art. 76 y 77 Ley 2.230), que -como puede apreciarse- se asemeja más a la figura del sujeto que “actúa en nombre de otro” que a la de un verdadero comerciante. Este aspecto que acabo de señalar parece desmentir que el sujeto pasivo de la quiebra tenga que ser exclusivamente aquel sujeto que reviste la calidad de comerciante.¹⁵

6. El momento consumativo de la quiebra -según parte de la doctrina- se produce en la fecha de la sentencia declaratoria de la quiebra.¹⁶ En mi opinión, la consumación debería operar en el momento de la cesación del pago (cfr. Art. 1595 Código de Comercio),¹⁷ pues, la sentencia civil sólo opera como un reconocimiento posterior del elemento fáctico, cuya calificación puede ser revocada por el juez penal.¹⁸

7. La pena para el delito de quiebra dolosa oscila entre los dos y los ocho años de penitenciaría y de dos a diez años de inhabilitación comercial o industrial (cfr. Art. 253 CP); mientras que la quiebra culposa se castiga con tres a veinticuatro meses de prisión y dos a cinco años de inhabilitación comercial o industrial (cfr. Art. 254 CP).

8. En el Art. 255 CP se tipifica el delito de **insolvencia fraudulenta** del deudor civil, norma que protege el patrimonio de los acreedores y, eventualmente, a la economía nacional. Este delito se condice y está emparentado con la figura del “alzamiento de bienes”. El tipo objetivo exige que el deudor civil se exima dolosamente del pago de sus obligaciones: mediante el ocultamiento de los bienes o de su persona, sin dejar representante o bienes suficientes para cubrir las y/o mediante la simulación de enajenaciones o créditos. Cualquiera de éstas conductas tienen que realizarse con el propósito de obtener un enriquecimiento injusto en perjuicio de otro.

Como requisito de procedibilidad se requiere que los acreedores presenten la correspondiente denuncia acom-

pañada de la prueba que acredite que se ha pretendido infructuosamente el cobro en la vía civil.

9. La pena propuesta oscila entre los tres meses de prisión y los tres años de penitenciaría, dependiendo la individualización de la misma de la mayor o menor gravedad de la conducta, circunstancia que puede valorarse según se ofenda -además del bien jurídico patrimonio- a la economía pública.

10. El Art. 5 de la Ley 14.095 regula la insolvencia societaria fraudulenta,¹⁹ norma que fuera conocida originariamente como un auténtico “vaciamiento de empresas”.²⁰ Los sujetos activos sólo pueden ser los representantes legales de la sociedad que pretende insolventarse a través del ocultamiento, el disimulo o la desaparición de los bienes societarios,²¹ sin perjuicio de cualquier otra forma de participación según se recoge en los principios generales (cfr. Arts. 60 y ss CP).

11. Para la mayoría de la doctrina se trata de un delito de peligro concreto, en el que basta para la consumación con la realización de las conductas prohibidas sin que requiera de una efectiva lesión patrimonial de terceros, aunque sea necesario que el bien jurídico haya corrido efectivo peligro.²²

12. En relación con la criminalidad mediante sociedades anónimas, la ley 2.230 de 1893 regula en los Arts. 76²³ y 77 la liquidación judicial de estas entidades colectivas, exigiendo responsabilidad penal a directores y administradores, quienes pueden llegar a ser merecedores de la misma pena que los quebrados fraudulentos.²⁴

Así las cosas, los representantes de las sociedades anónimas quedan inmersos dentro del régimen penal cuando los actos que pretendan causar la insolvencia de la sociedad **ocurran en la etapa de liquidación de la misma**.²⁵ Demás está decir, que la ley uruguaya no “atrapa” a conductas realizadas en el proceso de fundación ni durante la gestión de la sociedad.²⁶ Esta obsoleta figura penal,²⁷ además de constituir un ejemplo de cómo no se deben tipificar normas penales,²⁸ reenvía para la punición a un Código Penal ya derogado (Arts. 272²⁹ y 274³⁰ del Código Penal de 1889) provocando serias dudas sobre la legitimidad de la misma.

13. La práctica penal uruguaya apenas conoce casos de los delitos que aquí se han mencionado,³¹ no obstante, esto no significa que tales conductas lesivas del patrimonio de los particulares y de la economía nacional sean ajenas a la realidad del Uruguay. Muy por el contrario, en tiempos recientes el inescrupuloso accionar de determinados delincuentes de “cuello blanco” ha nuevamente desestabilizado la economía nacional y ofendido de gravedad el patrimonio de cientos de víctimas.

También debe mencionarse que existe un profundo desfase entre el Derecho comercial, civil y tributario urugua-

yo y el Derecho penal. El Uruguay conoce de novedosa legislación en materia de sociedades de inversión que se encuentra totalmente ajena y alejada de los viejos parámetros preventivos del Código penal, pues, ninguna de ellas encaja dentro de los tipos penales existentes.

Por tanto, de todo lo que se ha informado, dos conclusiones pueden extraerse sobre este tema: a) que existe una notoria falta de coordinación entre los distintos ordenamientos jurídicos que refieren a la economía nacional; y b) que el Derecho penal uruguayo no cumple en éste ámbito ninguna función motivadora ni preventiva.

Así las cosas, si es que el legislador patrio pretende tener alguna incidencia en la protección de bienes jurídicos relacionados con la economía nacional, debe desterrar toda esta infeliz red de antiguas normas simbólicas esparcidas en el Código Penal y fuera de él, que ningún efecto motivador ni preventivo traen consigo, y potenciar un adecuado y efectivo Derecho de Intervención.³² A su vez, las nuevas normas penales -de mantener similar criterio a las actuales-, deberían agruparse mayormente entre los delitos contra el patrimonio.

Notas

1. La ley 14.095 pretendió crear un verdadero Derecho penal de la Economía, obedeciendo a una política económico-financiera determinada. La globalización y el neoliberalismo que domina a la economía mundial han convertido a la Ley 14.095 en "letra muerta", en una clara muestra de simbolismo penal que -a pesar de haber caído en desuso- el legislador no se atreve a derogar.

2. Vide PREZA, DARDO, Delitos Económicos, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 20.

3. Vide LANGÓN, MIGUEL, Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay, Tomo II, Volumen II, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005, p. 11.

4. Vide CAMAÑO ROSA, ANTONIO, Tratado de los Delitos, Amalio Fernandez ed, Montevideo, 1967, p. 291; Bayardo, Fernando, Derecho Penal Uruguayo, Tomo VI, Vol. III, Universidad de la República, Montevideo, 1977, p. 193.

5. Vide ADRIAZOLA, GABRIEL, Delitos Económicos, cit, p. 39.

6. Vide GALAIN, PABLO, Delitos Económicos, cit, p. 107.

7. Como he manifestado, salvo una quiebra de gran magnitud el bien jurídico lesionado debería ser el patrimonio de los particulares defraudados por el comerciante, sin desconocer que como consecuencia de la dañosidad social de la conducta, también la economía nacional podría -en tal caso- verse lesionada. De similar opinión, BAYARDO, Derecho Penal, cit, p. 201; ADRIAZOLA, GABRIEL, Delitos Económicos, cit, p. 37. De otra opinión, CAMAÑO ROSA, quien otorga primacía al bien jurídico comunitario frente a los patrimonios de los particulares. Vide CAMAÑO ROSA, ANTONIO, Tratado de los Delitos, cit, p. 292. Ahora bien, no queda claro por qué CAMAÑO sostiene que estamos frente a figuras pluriofensivas y luego afirma que el sujeto pasivo es la sociedad, como si ésta fuese el titular del patrimonio privado o de la suma de los patrimonios privados. Para dicho autor, en los delitos de quiebra e insolvencia frau-

dulenta la "masa de acreedores" es el objeto material de la conducta y no el sujeto pasivo.

8. Se trata de un mal ejemplo de norma de reenvío, en el sentido que puede llegar a admitir casos de responsabilidad objetiva, como sucede con el artículo 1662.8 del Código de Comercio que considera fraudulenta la quiebra del comerciante que carece de libros de comercio. Por ello, el juez penal se ve obligado a reconstruir la norma penal a partir de una norma comercial, despojando de ésta todo elemento ajeno a los principios sobre los que se asienta el Derecho penal de un Estado democrático, entre ellos, cualquier vestigio de *versari in re illicita*.

9. El Art. 254 CP (cfr. Art. 1663 Código de Comercio) que refiere al quebrado culposo constituye la única norma penal que refiere a una modalidad de insolvencia o vaciamiento (como se conoce en España) que puede ser cometido en forma culposa o imprudente. Opino con ADRIAZOLA que no es conveniente expandir la falta del debido cuidado en la administración comercial a delitos con repercusiones comerciales, cuando ni siquiera es posible construir la figura modélica del "comerciante medio" como referente de una actuación descuidada. Vide ADRIAZOLA, GABRIEL, Delitos Económicos, cit, ps. 42 y s.

10. Art. 1572: "Se considera en estado de quiebra a todo comerciante que cesa en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles. Basta para constituir el estado de quiebra la cesación en el pago de una obligación mercantil, a que no se haya opuesto por el deudor alguna excepción legal. La declaración de quiebra puede tener lugar a solicitud del mismo deudor comerciante, de uno o más de sus acreedores, o procediendo el Juez de oficio".

11. Según BAYARDO el concepto de quiebra se integra con dos requisitos: la cesación del pago de las obligaciones mercantiles y la declaración judicial de quiebra. Vide BAYARDO, FERNANDO, Derecho Penal Uruguayo, cit, p. 199.

12. Que no significa -como opina BAYARDO- que dicha declaración judicial implique la necesaria punición de tal conducta en sede penal, sino que el Derecho penal está habilitado para intervenir ante dicha cesación de pagos. La declaración civil de quiebra no condiciona una sanción penal, sino -tan sólo- la posibilidad de iniciar una investigación penal. Vide BAYARDO, Derecho Penal Uruguayo, cit, ps. 204 y s.

13. Art. 1669: "Los efectos civiles de la calificación de la quiebra, no sufrirán modificación alguna, sea cual fuere el resultado del juicio criminal".

14. ADRIAZOLA aboga por la supresión del requisito de la declaración civil de quiebra, pues tras años de litigio comercial "la respuesta jurídico penal aparece desprovista de los fines teóricos asignados a la pena". Vide ADRIAZOLA, GABRIEL, Delitos Económicos, cit, p. 41.

15. De otra opinión BAYARDO, para quien la equiparación de la situación de los directores y administradores de la S.A no puede hacerse con la figura de la quiebra, sino tan sólo con el monto de la pena. Vide BAYARDO, Derecho Penal Uruguayo, cit, p. 202. En mi opinión, carece de sentido reenviar a la figura de la quiebra únicamente a efectos de determinar la pena, cuando la misma pudo haberse previsto directamente sin necesidad de tal reenvío. Lo cierto es que el desatino del legislador en materia de política criminal económica es tan asombroso, que muchas veces obliga a la doctrina nacional a interpretaciones que fuerzan los conceptos ontológicos, la razón o la naturaleza de las cosas. Además, y para complicar más la situación, los delitos se encuentran diseminados en distintos cuerpos normativos (algunos ni siquiera vigentes). Así, la insolvencia de

las sociedades comerciales se regula por el Art. 5 de la Ley 14.095 (que permanece vigente sólo a tal efecto), la del deudor civil por el Art. 255 CP y la responsabilidad de directores y administradores de sociedades anónimas por fraude, simulación e infracción de los estatutos, en los Arts. 76 y 77 de la Ley 2.230 que reenvía al Art. 253 CP (quiebra fraudulenta) a efectos de la pena.

16. Vide por todos BAYARDO, Derecho Penal Uruguayo, cit, p. 206.

17. Art. 1595: "La quiebra no produce los efectos que esta Ley le atribuye sino en virtud del auto que la declara ; pero se retrotrae a la fecha en que, según el artículo 1643, tuvo lugar la efectiva cesación de pagos, en todos los casos determinados en este Código".

18. De la misma opinión PREZA y ADRIASOLA, Vide Delitos Económicos, cit, ps. 22 y s. Entiendo que la sentencia civil tiene sólo efectos declarativos, que cumple con una función de remoción de un obstáculo procesal y que no puede integrarse -ni siquiera como ficción normativa- a la conducta del agente. La fecha de la sentencia podría tener relevancia para determinar el comienzo del tiempo de prescripción del delito, pero, la sentencia en sí misma, jamás podría considerarse una *integritas* con el desvalor de acción del sujeto activo.

19. Art. 5: "El que para procurarse un provecho injusto, para sí o para otro, ocultara, disimulara o hiciese desaparecer, parcial o totalmente, el patrimonio de una empresa en perjuicio de un tercero, será castigado con pena de doce meses de prisión a los diez años de penitenciaría".

20. Vide LANGÓN, MIGUEL, Código Penal, cit, p. 19.

21. Sobre estos conceptos, vide CHAVES, GASTÓN, "El Disregard", Cursillo sobre derecho penal económico, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1990, ps. 187 y ss.

22. Vide ADRIASOLA, GABRIEL, Delitos Económicos, cit, p. 52.

23. Art. 76: "Los directores y administradores de sociedad anónima que cometan fraude, simulación, infracción de estatutos o de una ley cualquiera de orden público, sufrirán la pena señalada en los arts. 272 y 274 del Código Penal para los quebrados fraudulentos. Está comprendida en la penalidad de este artículo la suposición de capitales ilícitos en los anuncios y prospectos sociales. Para prevenir la responsabilidad del inciso anterior, los administradores de sociedades anónimas deberán especificar en sus anuncios y prospectos cuál es el capital autorizado, cuál el capital sucrito y cuál el capital realizado. Si los estatutos contuviesen alguna disposición que en cualquiera forma exima a los accionistas de la integración ulterior de las acciones suscritas, dicha disposición será siempre publicada en los anuncios y prospectos de la sociedad".

24. Esto no significa que directores y administradores cometan un delito de quiebra, pues para ello deberían revestir la condición de comerciantes, sino que la ley reenvía al Código Penal a efectos de la pena correspondiente a las acciones descritas en el Art. 76 (comisión de fraude, simulación, infracción de los estatutos). Vide ADRIASOLA, GABRIEL, Delitos económicos, cit, p. 40.

25. Durante la vida útil de la sociedad no serían punibles los delitos de gestión o el "actuar en lugar de la empresa" y habría que recurrir al Derecho Civil o Comercial en casos de irregularidades. Vide FERNÁNDEZ, GONZALO, Derecho penal de la sociedad anónima. Los delitos de la ley 2230, Amalio Fernández, Montevideo, 1983, ps. 107 y ss.

26. Téngase en cuenta que la "mala gestión" de las sociedades anónimas derivó en la década del 60 en una situación

de crisis bancaria de tal magnitud, que obligó al Estado a intervenir en las entidades bancarias a través de la Ley 13.331 de 13.05.1965. Alguna relación puede encontrarse también a dicha crisis financiera con el comienzo de la dictadura en 1973, gobierno militar que pretendió llevar a cabo un "plan de convertibilidad" (que dispuso la libre flotación de la moneda) denominado "la tablita", que como su homónimo de madera quebró en 1982, acelerando -en cierta forma- el retorno a la "vida en Derecho". En 2001 se produjo una nueva crisis bancaria que desestabilizó -otra vez- la economía nacional y condujo al país al borde de la "insolvencia" o la "quiebra". Lamentablemente, debido a la mala legislación nacional y al defectuoso contralor de las entidades públicas encargadas de la prevención y control del sistema financiero-bancario, los causantes de la desestabilización económica de comienzos del siglo XXI han sido prácticamente los mismos que en la década del 60 del siglo pasado.

27. En opinión de FERNÁNDEZ, se trata de un ejemplo de "ley anticuada" con una "deficiente descripción de las conductas que pretende reprochar. La misma, que data del siglo XIX, fue aplicada recién por los jueces nacionales en 1965 con la crisis del Banco Transatlántico y luego en la del Banco Mercantil (1972). Vide FERNÁNDEZ, GONZALO, Derecho penal de la sociedad anónima, cit, ps. 69 y s.

28. Según CAIROLI, se trata de una ley "sumamente anticuada, cuya descripción de los tipos penales carece de todo rigor científico penal, pero a la que no hay otro remedio que recurrir pues no existe otra legislación patria sobre el tema". Vide CAIROLI, MILTON, Curso de Derecho Penal Uruguayo. Parte Especial, Tomo IV, FCU, Montevideo, 1995, p. 31.

29. Art. 272: "El quebrado fraudulento sufrirá de tres a cinco años de penitenciaría, sin perjuicio de la inhabilitación establecida por las leyes comerciales".

30. Art. 274: "Si la pérdida ocasionada a los acreedores no llegare a un veinticinco por ciento, el quebrado fraudulento sufrirá de dos a cuatro años de penitenciaría. El quebrado culpable en el mismo caso sufrirá de seis a nueve meses de prisión. Si, antes de pronunciarse la sentencia, no se hubiere liquidado el concurso, el juez regulará prudencialmente la pérdida, tomando por base los antecedentes del caso".

31. Vide LANGÓN, MIGUEL, Código Penal, cit, p. 56; Preza, Dardo, Delitos Económicos, cit, p. 25

32. Vide GALAIN, PABLO

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho, Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

Introducción. La prisión por deudas

En el derecho romano existió el procedimiento de la *manus iniectio* de la Ley de las XII Tablas, por el cual un acreedor podía mantener preso en su casa al deudor hasta que éste cumpliera con su obligación, e incluso podía llegar a venderlo como esclavo. Por otra parte, para evitar

que el deudor realizara actos que disminuyeran su patrimonio y pudiera así perjudicar a sus acreedores, en el derecho romano existieron varias instituciones, como el *interdicto restitutorio*, el *interdicto fraudatorio*, la *actio pauliana* y la *actio doli malo*. Estas dos últimas eran acciones penales para castigar al deudor por su actuar fraudulento¹.

De esas instituciones nació la figura de la prisión por deudas, que se aplicaba por el simple hecho de la falta de pago oportuno de una obligación, no importando la causa de dicho incumplimiento. La obra de William Shakespeare, “El Mercader de Venecia”, es un ejemplo palpable de la forma bárbara e inhumana como se practicaba la prisión por deudas hasta principios del siglo XIX.

Aunque desde hacía varios siglos existía la tendencia progresiva de sustituir la prisión por deudas y sustituirla por la cesión de los bienes del deudor o el pago de la acreencia, fue realmente apenas en 1855, que por primera vez un país abolió esta figura de la prisión por deudas². La revolución francesa, a pesar de sus aportes en otros aspectos, en este sentido sólo había logrado que se disminuyera la pena por ese delito, fijándola en un máximo de 6 años de reclusión³.

A comienzos del siglo XX, el Convenio de La Haya del 17 de julio de 1905 prohibió definitivamente la prisión por deudas, lo cual fue posteriormente ratificado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica⁴, que en el numeral 7 del artículo 7, expresamente prohíbe esta figura, disponiendo textualmente que “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”. Dicho Pacto de San José fue suscrito y ratificado por Venezuela.

Sin embargo, lo curioso del caso es que en la realidad, la prisión por deudas ha sido eliminada sólo en relación con las deudas privadas, las de los particulares, ya que con respecto a las deudas que se tengan con el Estado no ocurre eso, porque en los casos de deudas fiscales o administrativas con el Estado, el impago de la deuda generalmente se tipifica como un delito de defraudación fiscal, cobrando así el Estado los créditos fiscales bajo la amenaza y la presión de la persecución penal y de la reclusión del deudor en una prisión o cárcel. En consecuencia, no es absolutamente cierto que actualmente se encuentre totalmente abolida la prisión por deudas. Algo similar ocurre en el caso de las penas de multas no canceladas por el infractor, ya que muchas legislaciones las convierten en penas de arresto proporcionales al monto de las mismas, es decir, prisión por deuda.

Lo que debe quedar muy claro, es que el hecho de que se encuentre actualmente despenalizada la prisión por

deudas, no quiere decir que esté permitida cualquier conducta que realice el deudor para incumplir con sus obligaciones, ya que cuando esas conductas son dolosas y se realizan con el ánimo de perjudicar a los acreedores, constituyen delitos y se hallan penadas por la ley, lo que significa que se requiere por lo tanto un elemento subjetivo especial, que consiste en la intención maliciosa de perjudicar a los acreedores.

El alzamiento de bienes y las insolvencias punibles

Primero existió el instituto del alzamiento de bienes y la figura de la prisión por deudas, y luego, muy posteriormente, fue que nació la quiebra fraudulenta. El delito de alzamiento de bienes consiste en la acción maliciosa de parte del deudor, de ocultar o hacer desaparecer fraudulentamente sus bienes, con maniobras que tienen el propósito doloso de evitar cancelarle a sus acreedores, perjudicando así a dichos acreedores ya que se ven impedidos, o al menos obstaculizados, de poder ejercer eficazmente las acciones que legítimamente les corresponden, y que prevén las leyes civiles y mercantiles, para poder reclamar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor, las cuales podrían haber sido satisfechas, aunque fuera en parte, con los bienes del deudor, si éste actuara correcta y honestamente, y cumpliera con sus obligaciones en vez de esconder o traspasar esos bienes. En la figura del alzamiento de bienes generalmente se comete un desfalco y es un delito multi o pluriofensivo, ya que lesiona diversos bienes jurídicos.

La doctrina ha considerado que se deben de cumplir los siguientes requisitos para que se tipifique este delito: 1) Debe existir uno o varios créditos a favor de un acreedor o de varios acreedores, consistentes en obligaciones en dinero que se encuentren vencidas y que sean líquidas y exigibles; 2) Debe darse la acción de parte del deudor para ocultar, desaparecer o enajenar sus propios bienes, con la intención de simular una insolvencia inexistente y fingida, no real; y 3) que con esas acciones el deudor debe pretender perjudicar al acreedor o acreedores, evitando así que satisfagan sus legítimos derechos y acreencias.

Lo verdaderamente importante para que la insolvencia sea punible, es que ésta sea fraudulenta ocasionada por una conducta intencional, deliberada y maliciosa del deudor, con el ánimo doloso de no pagar lo adeudado, de no cumplir la obligación contraída y de perjudicar al acreedor u acreedores. Por lo tanto, las maniobras ejecutadas por el deudor, deben tener como objetivo el impedir, o, al menos, obstaculizar, las acciones legales que normalmente puede intentar un acreedor para lograr el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, tales como las medidas

preventivas de embargo, la ejecución forzosa o algún otro procedimiento ejecutivo, y, en general, todo aquello que sea procedente para que el acreedor pueda lograr la satisfacción de su acreencia.

Para que se considere consumado el delito de insolvencia punible, no se requiere que se produzca efectivamente el resultado, esto es, de que realmente se frustre o impida el pago de la obligación, basta con que el deudor realice las acciones fraudulentas necesarias con miras a quedar ficticiamente insolvente, para que el delito quede consumado, se trata por tanto de un delito de peligro y, a la vez, de pura actividad. Por lo tanto, lo que se pena actualmente con las insolvencias punibles o fraudulentas no es que el deudor no pague la deuda, sino la realización de esas acciones dolosas prohibidas por la ley.

Bienes jurídicos protegidos o tutelados en las insolvencias punibles o fraudulentas

Tradicionalmente, el bien jurídico protegido en las insolvencias punibles ha sido la propiedad o el patrimonio del acreedor o acreedores, porque siempre se ha considerado que el patrimonio del deudor constituye prenda común de sus acreedores. Modernamente, sin embargo, se considera que el bien jurídico tutelado es el orden socioeconómico, porque no sólo se salvaguarda el patrimonio individual, sino también el colectivo, el de toda la sociedad, incluso el de la nación entera. Es lo que Tiedemann ha denominado el funcionamiento de la economía crediticia y el moderno tráfico económico⁵. Igualmente se ha considerado que la insolvencia punible también es un delito contra la administración de justicia, porque la conducta delictuosa del deudor impide o dificulta que el acreedor pueda ejercer adecuadamente las acciones legales que le corresponden.

Se le ha cuestionado a la institución de las insolvencias punibles o fraudulentas, el que estas limitan y condicionan el derecho de propiedad del deudor sobre sus propios bienes, lo cual, si bien es cierto, también es absolutamente necesario en la economía moderna, para que funcione adecuadamente el sistema crediticio, que se basa precisamente en que el deudor tiene bienes suficientes para responder por sus obligaciones, y que, en todo caso, se va a comportar correctamente y no va a tratar de burlar fraudulentamente los derechos de los acreedores.

Las “insolvencias punibles” en la legislación penal de Venezuela

El Código Penal venezolano es muy antiguo y ha sufrido pocas modificaciones relevantes⁶, por lo cual no se tra-

ta de un texto moderno y por lo tanto no se encuentra realmente actualizado. En el Título VI, que trata de los Delitos Contra la Fe Pública, específicamente en el Capítulo VI, únicamente se contempla lo referente a las Quiebras, no haciendo mención alguna de las insolvencias punibles. Así vemos que los artículos 341 y 342 tratan sólo sobre las quiebras fraudulentas y culpables, y estas exclusivamente en relación y concordancia con algunos artículos del Código de Comercio o de leyes especiales. Dichos artículos rezan así:

“Art. 341. Los que en los casos previstos por el Código de Comercio u otras leyes especiales, sean declarados culpables de quiebra, serán castigados conforme a las reglas siguientes;

1. Los quebrados culpables serán penados con arresto de seis meses a tres años.

2. Los quebrados fraudulentos serán penados con prisión de tres a cinco años.

Estas penas se impondrán según la gravedad de las circunstancias que han dado lugar a la quiebra, aumentándose o disminuyéndose dentro de su mínimum y máximun a juicio del Tribunal.

Las personas indicadas en el artículo 922 del Código de Comercio, serán castigadas como reos de hurto por los hechos a que se contrae el mismo artículo”.

“Art. 342. Los individuos que, en conformidad con las disposiciones de los artículos 920 y 923 del Código de Comercio, sean declarados quebrados culpables o quebrados fraudulentos, por los hechos especificados en los mismos artículos de dicho Código, serán castigados, respectivamente, con las penas señaladas en los números 1 y 2 del artículo precedente”.

Por su parte, los artículos 920, 922 y 923 del Código de Comercio⁷, textualmente dicen lo siguiente:

“Artículo 920.- En el caso de quiebra de una sociedad por acciones o de responsabilidad limitada, los promotores y los administradores serán penados como quebrados culpables, si por su culpa no se han observado las formalidades establecidas en las Secciones II, VI y VII del Título VII del Libro I de este Código, o si por culpa suya ha ocurrido la quiebra de la sociedad.

Y serán penados como quebrados fraudulentos:

1º - Cuando dolosamente hayan omitido la publicación del contrato de sociedad del modo establecido por la ley.

2º - Cuando hayan declarado falsamente el capital suscrito o enterado en caja.

3º - Cuando hayan pagado dividendos de utilidades que manifiestamente no existan y han disminuido con esto el capital social.

4º - Cuando dolosamente hayan tomado mayores sumas de las que les asigna el contrato social.

5° - *Los que con dolo o por consecuencia de operaciones fraudulentas hayan ocasionado la quiebra de la sociedad*".

"Artículo 922.- *El cónyuge, los descendientes y ascendientes, consanguíneos o afines del fallido, que a sabiendas hubieren sustraído u ocultado bienes pertenecientes a la quiebra, sin haber obrado en complicidad con el fallido, serán castigados como reos de hurto*".

"Artículo 923.- *Corresponde al Tribunal que conociere de los hechos expresados en los artículos anteriores, aún en el caso de absolución:*

1° - *Decretar de oficio, si ha lugar, el reintegro a la masa de todos los bienes, acciones y derechos que se hubiere intentado sustraer:*

2° - *Resolver las demandas sobre indemnizaciones de daños y perjuicios*".

Como podrá observarse, el artículo 922 del Código de Comercio considera que cometen el delito de hurto los parientes cercanos del fallido que oculten o sustraigan bienes pertenecientes a la quiebra. Por otro lado, aunque no aparece expresamente mencionado en los artículos 341 y 342 del Código Penal, el artículo 921 del Código de Comercio establece lo siguiente:

"Artículo 921.- *Serán castigados con las penas de los quebrados fraudulentos:*

1° - *Los individuos que, a sabiendas, y en interés del fallido, hayan sustraído el todo o parte de los bienes de éste, muebles o inmuebles, sin perjuicio de otras disposiciones del Código Penal sobre los que como agentes principales hayan participado en el hecho.*

2° - *Los convencidos de haber presentado fraudulentamente en la quiebra, créditos supuestos en su nombre o por medio de otro; o de haber alterado la naturaleza o fecha del crédito, para anteponerse en la graduación, con perjuicio de otros acreedores, aún cuando esto se verifique antes de la declaración de la quiebra.*

3° *Los que comerciando bajo el nombre de otro o con un nombre supuesto, aparezcan culpables de los hechos expresados en el artículo 918.*

También será castigado con arreglo al Código Penal y multa que no baje de doscientos bolívares, el comerciante que hubiere estipulado con el fallido u otra persona ventajas particulares por razón de su voto en las deliberaciones de la quiebra o particiones de liquidación amigable, o que de cualquier modo se hubiere procurado ventajas a cargo del activo de la quiebra".

A las insolvencias punibles se les ha relacionado siempre con los fraudes, y en el artículo 464 del Código Penal venezolano, que prevé lo relativo a las Estafas Calificadas, encontramos varias situaciones que, sin constituir exactamente insolvencias punibles, si constituyen incum-

plimiento doloso de obligaciones contraídas en perjuicio de otro, tales como "quien habiendo vendido un inmueble por documento privado o autenticado y recibido el precio del negocio o parte del mismo, lo gravare en favor de otra persona sin el expreso consentimiento del comprador o sin garantizar a éste el pleno cumplimiento del contrato celebrado" (numeral 1); "quien defraudare a otro promoviendo una sociedad por acciones en que se hagan afirmaciones falsas sobre el capital de la compañía, o se oculten fraudulentamente hechos relativos a ella" (numeral 2); "quien para obtener algún provecho sustrajere, ocultare o inutilizare, en todo o en parte, un expediente o documento con perjuicio de otro" (numeral 3); y "quien, por sorteos o rifas, se quede en todo o en parte con las cantidades recibidas sin entregar la cosa ofrecida" (numeral 4).

En algunas Leyes Especiales también encontramos disposiciones relacionadas con las insolvencias punibles. Ejemplo de ello es la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras⁸, la cual, entre otras, sanciona penalmente las siguientes conductas: la *Apropiación o Distracción de Recursos* (art. 432); los *Fraudes Documentales* (art. 433); la *Información Falsa para realizar Operaciones Bancarias* (art. 434); *Información Financiera Falsa* (art. 435); *Simulación de Reposición de Capital* (art. 436); *Incumplimiento de los Auditores Externos* (art. 437); *Incumplimiento de los Peritos Evaluadores* (art. 438); *Oferta Engañosa* (art. 439); *Contravenciones Contractuales* (art. 441); *Ocultamiento de Información en la Declaración Institucional* (art. 443); *Revelación de Información* (art. 444); y *Fraude Electrónico* (art. 445). Delitos estos castigados con penas de entre 8 a 10 años de prisión.

Igualmente, el Código Orgánico Tributario⁹, prevé sanciones de penas privativas o restrictivas de libertad, para quienes incurran en los ilícitos de *Defraudación Tributaria* (art. 116), *Falta de Enteramiento de Anticipos por parte de los agentes de retención o percepción* (art. 118) y *Divulgación o el Uso Personal o indebido de la Información Confidencial* (art.119). En los casos de los dos primeros ilícitos el Código dispone que "la acción penal se extinguirá si el infractor acepta la determinación realizada por la Administración Tributaria y paga el monto de la obligación tributaria, sus accesorios y sanciones, en forma total, dentro del plazo de veinticinco (25) días hábiles...". Las penas oscilan de 6 meses a 7 años de prisión.

El artículo 138 de la Ley de Mercado de Capitales¹⁰, establece sanciones penales para los administradores que *suministren informaciones falsas sobre las operaciones o la situación financiera de la sociedad* (numeral 1), para quienes *emitan certificados falsos sobre las operaciones en que intervengan o sobre acciones que deban tener a su*

disposición (numeral 5), para los que *certifiquen operaciones falsas o inexistentes* (numeral 6), y para quienes *realicen operaciones ficticias* (numeral 7). Estas conductas delictivas son castigadas con prisión de 2 a 6 años.

La Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros¹¹, castiga con prisión de 3 a 5 años a “*quien forje o emita documento de cualquier naturaleza, o utilice datos falsos o simule hechos ocurridos con el propósito de cometer u ocultar fraudes o desfalcos en una empresa de seguros o de reaseguros*”, y de 2 a 5 años de prisión a “*quien dolosamente elabore, suscriba, autorice, certifique, presente o publique cualquier clase de información, balance o estado financiero que no refleje razonablemente la verdadera solvencia, liquidez o solidez económica o financiera de una empresa de seguros*”.

Conclusiones

En las relaciones financieras, como en cualquier otra clase de relación humana, la base fundamental es decir la verdad y no ocultar información, ya que, digan lo que digan, el esconder algo relevante es exactamente lo mismo que mentir y engañar, sólo que solapadamente. El proporcionar datos u informaciones falsas o maquilladas, o el tergiversar, esconder u omitir la información verdadera, hace que se pierda la confianza y la credibilidad, que es el sustento indispensable de las relaciones, tanto personales como comerciales y financieras.

Tanto las empresas como las personas, especialmente los comerciantes, pueden incurrir en un momento dado en una crisis financiera o de iliquidez, o incluso en una situación de insolvencia, por diversos motivos y razones, como resultado de algunas operaciones comerciales desahucadas o fallidas. Eso es normal que ocurra y siempre ha sido y será así, como consecuencia de los riesgos y peligros normales que conllevan las operaciones comerciales y mercantiles. Pero lo que no se puede permitir y se pretende impedir castigando las “insolvencias punibles”, es

el hecho de que algunas personas, naturales o jurídicas, se “insolventen” en forma simulada y ficticia, traspasando o escondiendo sus bienes, con el objetivo de incumplir con sus obligaciones y así defraudar y perjudicar a sus acreedores, lesionando así a todo el orden y el sistema económico de la nación.

Por ello, la tipificación de las ‘insolvencias punibles’ no sólo es necesaria y conveniente, sino que tiene que ser ampliada y modernizada, sobre todo en Venezuela, para adaptarla al moderno mundo actual, no sólo para proteger debidamente el derecho de crédito del acreedor o acreedores, esto es, el derecho que tienen los acreedores sobre el patrimonio del deudor, en caso de que éste incumpla dolosamente con sus obligaciones, para poder así lograr que el deudor pueda satisfacer su acreencia y que se logre la sanción del deudor convertido en delincuente, sino para salvaguardar también a la economía en general, especialmente al sistema crediticio de un país.

Notas

1. MORENO, Fernando. “El delito de insolvencia fraudulenta”. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires. 2005. Págs. 29, 30 y 33.
2. España
3. La revolución francesa también excluyó a las mujeres, a los sexagenarios y a los menores de edad de la aplicación de la prisión por deudas.
4. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.
5. TIEDEMANN, Claus. “Insolvenz-Strafrecht”. Citado por Fernando Moreno, ob. cit. pág. 47.
6. La última reforma es del miércoles 13 de abril de 2005 (Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario)
7. Gaceta Oficial N° 475 Extraordinario del 26 de julio de 1955.
8. Decreto con fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. Gaceta Oficial N° 5.555 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.
9. Gaceta Oficial N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.
10. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.565 del 22 de octubre de 1998.
11. Gaceta Oficial N° 4.882 Extraordinario del 23 de diciembre de 1994.

