

Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios en la legislación nacional, con referencia especial al artículo 209 del Código Penal

Luis Lamas Puccio^(*)

1. Introducción

Una de las innovaciones más importantes que ha traído consigo el nuevo Código Penal promulgado en nuestro medio en el año de 1991, ha sido la incorporación en su título sexto de los denominados “delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios”. Aunque es cierto que en términos de rigurosidad y sistemática los delitos que aparecen en este capítulo no necesariamente guardan relación con los fundamentos establecidos para la configuración de los llamados “delitos económicos”, conforme las distintas definiciones y conceptos que señalan tanto la doctrina como la legislación penal comparada, no podemos dejar de reconocer que su inclusión en el Código Penal ha sido una decisión particularmente importante y trascendente para la prevención y represión de esta clase de delitos, considerando el enfoque poco ortodoxo que hasta la fecha se daba a esta forma de criminalidad. Como lo afirma García Caveró, “a diferencia de otros títulos del Código Penal en los que se agrupan distintas figuras delictivas que afectan un mismo bien jurídico, el legislador penal no ha seguido este criterio de sistematización en el título que ahora nos ocupa. La razón por la que se han agrupado los tipos penales en el título VI, sería un dato, en todo caso, de naturaleza criminológica, es decir el hecho de

que estos delitos se cometen en un mismo ámbito de actuación. En efecto, el denominador común de las diversas figuras delictivas que se enmarcan dentro del título de los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios, radicaría en que todos estos delitos, se cometen normalmente en el tráfico económico y patrimonial, es decir los negocios. En ese sentido, no cabría hablar aquí de homogeneidad en cuanto al bien jurídico objeto de protección penal, sino de actuaciones distintas que afectan diversas condiciones esenciales que caracterizan el tráfico económico y patrimonial⁽¹⁾.

En efecto, desde una perspectiva estrictamente penal-económica conforme a los bienes jurídicos que son objeto de protección, y teniendo en cuenta los criterios que se consideran para hablar de una “criminalidad económica”, los conceptos y fundamentos que prevalecieron en el legislador del Código Penal de 1991 relacionados a los “atentados que podían ir en desmedro o en contra de la confianza y la buena fe en los negocios”, pudieron haber hecho pensar de que se estaba frente a hechos delictivos (como la quiebra dolosa) que altera el tráfico normal de las relaciones económicas y patrimoniales, entendidas estas como un conjunto de derechos patrimoniales que aparecían afectados. Ello se explica, como lo señala De la Rúa, en virtud de las particularidades que el fenómeno jurídico de la quiebra ofrece,

(*) Abogado especialista en Derecho Penal.

(1) GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de persona jurídica y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*. Lima: Palestra Editores, 2005. p. 118.

especialmente en orden a la situación de alteración que se suscita en el tráfico jurídico-económico, entendido como un conjunto o pluralidad de derechos patrimoniales afectados⁽²⁾.

Se sostiene en ese sentido por parte de diferentes autores que han desenvuelto la tesis desde una perspectiva estrictamente crediticia, que el delito de quiebra constituye un atentado contra la economía o la actividad económica en su conjunto⁽³⁾. Según esta teoría, una quiebra afecta o genera una serie de fenómenos en cadena que se encuentran unos con otros relacionados, lo que determina que este aspecto prevalezca sobre la lesión de los singulares acreedores⁽⁴⁾. Varias legislaciones americanas en su momento le daban a la materia una ubicación legislativa tal, aunque circunscribiéndola generalmente al capítulo de los atentados contra el comercio y la industria⁽⁵⁾. Dentro esta misma línea de análisis, y para quienes la economía pública constituye el auténtico interés protegido, la represión de la insolvencia fraudulenta, punible o culposa conforme a lo establecido en los incisos a y b del artículo 207 del actual Código Penal⁽⁶⁾, no es la masa crediticia en sí misma, de por sí ya perjudicada y afectada singularmente con este tipo de delitos, sino el orden económico en su conjunto que en el presente caso aparece

violentado por las conductas contrarias a la buena fe mercantil⁽⁷⁾.

2. Antecedentes

Los antecedentes legislativos más significativos al margen de otras disposiciones enmarcadas dentro del procedimiento propio de la quiebra, los encontramos en la redacción misma que inicialmente tenía el Código Penal de 1991, el que utilizaba el concepto de “quiebra” en igual o similar sentido a la redacción que había usado el Código Penal de 1924⁽⁸⁾. Como lo señala García Caveró, la razón por la que se usó esta denominación en la tipificación llevada a cabo en el Código Penal de 1924, se encontraba en el hecho de que el proceso de quiebra regulado en ese entonces comenzaba con la declaratoria de quiebra del deudor⁽⁹⁾. En tal sentido, el Código Penal de 1991 mantuvo esta denominación en un comienzo porque los tipos penales que se incluyeron en relación a este tema, aparecían enmarcados dentro de la declaratoria previa del mismo deudor, en el presente caso como fraudulenta, conforme a la legislación que sobre la materia estaba vigente en ese momento⁽¹⁰⁾. Sin embargo cuando se promulgó la Ley de Reestructuración Empresarial (Decreto Ley 26116

(2) DE LA RÚA, Jorge. *Los delitos contra la confianza en los negocios*. Caracas: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 1980. p. 58.

(3) En la antigua tesis de Carrara, en párrafos que son tradicionales, “(...) el crédito, o sea la creencia, se volvía en el alma, la sangre y la vida del comercio de los pueblos cultos, de manera que quien privaba al comercio de la confianza lo convertiría en una reminiscencia histórica”. Según esta misma tesis, “la vida del comercio se vincula a la vida de las naciones, no solo a algunos particulares, sino a toda la sociedad le interesa que se mantenga el respeto a la confianza. Por lo tanto, el que daña y desacredita al traicionarla maliciosamente, ofende algo en cuyo mantenimiento tiene interés y derecho toda la sociedad, y he aquí porque la bancarrota del negociante debía ser castigada por todos los pueblos civilizados como delictuosa; y he aquí por qué este delito encuentra sede los delitos sociales contra la fe pública. El crédito es el objetivo de la fe pública”. La tesis ha tenido escasa recepción legislativa y encuentra como obstáculo primordial partir del presupuesto que la actividad comercial tiene en su generalidad el manto de la fe pública, lo que sin duda resulta excesivo. CARRARA, citado por DE LA RÚA, Jorge. *Ibid.*; p. 56.

(4) CANDIAN. *Della Bancarrota*. En: *Revista di Diritto Commerciale*. Año I, 1936. pp. 218 y 219. Citado por DE LA RÚA. *Ibid.*

(5) *Ibid.*

(6) Conforme a las modificaciones planteadas en la octava disposición final de la Ley 27146 (Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial del 24 de junio de 1999), el nombre del Capítulo I del Título VI del Código Penal dejó de denominarse como “quiebra” para llamarse “atentados contra el sistema crediticio”.

(7) LAMAS PUCCIO, Luis. *Derecho Penal Económico: aplicado al Código Penal*. 2da. edición. Lima, 1996. En todo caso, Bramont-Arias Torres sistematiza los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios en dos grandes grupos básicamente atendiendo más que todo a su ejecución: por un lado, estarían los delitos que penalizan las conductas defraudatorias que van en desmedro de los acreedores, como serían los casos de los atentados contra el sistema crediticio y el delito de libramiento y cobro indebido; y por otro lado, estarían los delitos que configuran el abuso de posición de dominio, como sería el caso del delito de usura. GARCÍA CAVERO, Percy. *Ibid.*; citado por: BRAMONT-ARIAS TORRES. *Cuadernos jurisprudenciales: los delitos empresariales*. 2001. pp. 5 y siguientes.

(8) El Código Penal de 1924 agrupó estos delitos bajo el título de “delitos de quiebra y en las deudas”.

(9) GARCÍA CAVERO Percy. *Op.cit.*; p. 123.

(10) Ley Procesal de Quiebras (Ley 7566) de 1932.

de fecha 30 de diciembre de 1992) ya había entrado en el reciente Código Penal promulgado en el año de 1991. Como lo refiere Martín Nieto, la promulgación de la llamada Ley de Reestructuración Empresarial (que implementó el nuevo procedimiento concursal de quiebras)⁽¹¹⁾, generó una desfase con respecto a la regulación penal de los delitos de quiebra en el Código Penal de 1991⁽¹²⁾, la misma que se vio aun más agravada como resultado de la promulgación de la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo 845 del 21 de setiembre de 1996), ya que la quiebra misma, como elemento típico del delito de quiebra fraudulenta, recién tenía lugar cuando el deudor sometido a un procedimiento de insolvencia se le había liquidado todo el patrimonio y quedaban aún acreedores pendientes de pago⁽¹³⁾.

Este panorama legislativo de contradicciones y desfasamiento en materia del sistema concursal nacional respecto a lo que establecía en un comienzo el Código Penal de 1991, conllevó a que se promulgara un nuevo marco normativo conocido como la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial (Ley 27146 del 24 de junio de 1999). Su finalidad era solucionar el desequilibrio que existía en materia de la normatividad penal suscitado por las reformas que se habían hecho a la legislación en materia empresarial, concursal y patrimonial. En tal sentido los tipos penales no se estructuraron más sobre la declaratoria previa de quiebra como había acontecido con la legislación anterior, donde la persecución del delito de quiebra estaba supeditada a una condición objetiva de perseguibilidad. Tal condición constituía la calificación civil de la quiebra como dolosa o fraudulenta⁽¹⁴⁾. En todo caso, como lo señala García Rada, constituía la *notitia criminis* y servía para que el juez dictara el auto apertorio de instrucción iniciando de esa manera la investigación penal para descubrir si el fallido era o no responsable del delito relacionado con la quiebra⁽¹⁵⁾. El abandono de la declaratoria de quiebra como punto de referencia para los tipos penales llevó además a que se

(...) el delito de insolvencia fraudulenta presenta la característica primera de tratarse de una infracción que está ligada en términos más precisos a la alteración que se suscita en el tráfico-económico ante un conjunto o pluralidad de derechos patrimoniales afectados, aunque cuando hay quienes manifiestan que esta forma de criminalidad afecta no solo a los acreedores sino una multiplicidad de bienes. (...) el delito de quiebra constituye un atentado contra la economía en general.

reemplace la tradicional denominación de los delitos de quiebra por los novedosos atentados contra el sistema crediticio⁽¹⁶⁾.

Sin embargo, los procedimientos de reestructuración patrimonial que hasta ese momento se encontraban vigentes conforme a la legislación concursal que se había promulgado y que tenían referencia directa con la ley penal (el procedimiento de insolvencia, el procedimiento simplificado y el concurso preventivo), fueron a su vez desfasados por un nuevo procedimiento de saneamiento y fortalecimiento patrimonial de las empresas: el denominado procedimiento transitorio⁽¹⁷⁾. Una vez más se había vuelto a suscitar un vacío de impunidad en el Código Penal, en razón de que los actos de defraudación en agravio de los acreedores suscitados durante el reciente creado procedimiento transitoria no estaban contemplados en la legislación penal. Esta situación motivó que se tuviera que promulgar el 25 de junio del año 2000 la Ley 27295, a los fines de modificar el Código Penal y poder incluir las conductas punibles que se pudieran suscitar en el

(11) NIETO, Martín. *El delito de quiebra*. pp. 14 y siguientes; citado por: GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*

(12) PEÑA CABRERA. *Tratado penal especial*. p. 691.

(13) INDECOPI. *Fortalecimiento*. Citado por: GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*

(14) LAMAS PUCCIO, Luis. *Derecho penal económico*. *Op. cit.*; pp. 159 y 160.

(15) GARCÍA RADA, Domingo. *Sociedad anónima y delito*. 2da. edición.

(16) GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*; p. 125.

(17) Decreto de Urgencia 064-99.

entorno del novedoso procedimiento transitorio al que hacemos referencia. Adicionalmente a esta incorporación específica se agregó una cláusula indeterminada a los artículos 209 y 211 del Código Penal, que eventualmente pudiera ampliar el ámbito de aplicación de los tipos penales a otros procedimientos de reprogramación de obligaciones cualquiera que fuera su denominación. Como lo señala García Cavero, de esta manera el legislador pretendió curarse de salud y no tener que modificar el Código Penal cada vez que se incorporase en el sistema concursal un nuevo sistema de reprogramación de obligaciones⁽¹⁸⁾.

Con la promulgación de la nueva Ley General del Sistema Concursal actualmente vigente y que derogó la Ley de Reestructuración Patrimonial, aparecen nuevamente regulados dos procedimientos distintos: el procedimiento concursal ordinario y el procedimiento concursal preventivo. Conforme a lo señalado en los artículos 209 y 211 del Código Penal, los procedimientos referidos no aparecen en los tipos penales ni se hace expresa referencia a ellos. Se señalan los procedimientos de insolvencia, los procedimientos simplificados, el concursal preventivo y el procedimiento transitorio, lo cual es comprensible porque la redacción del Código Penal está acorde con aquello que se encontraba señalado cuando estaba vigente la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial y el Decreto de Urgencia 064-99 mediante el cual se incorporó el llamado procedimiento transitorio. Lo señalado podría interpretarse como una vulneración al principio de legalidad en tanto que los nuevos términos y procedimientos que señala la nueva Ley General del Sistema Concursal no están específicamente referidos en el Código Penal. Sin embargo, en cualquier caso, una interpretación de la cláusula indeterminada cualquiera sea su denominación (artículos 209 y 211 del Código Penal “[...] u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación”), permitirá también incluir, aunque sea de manera impropia, los actuales procedimientos concursales. Como lo reitera García Cavero, no cabe duda que no se trata de una solución interpretativa muy fina, pero

resulta razonable frente a la impunidad que implicaría negar la inclusión de los nuevos procedimientos concursales en los tipos penales de atentados contra el sistema crediticio⁽¹⁹⁾.

3. El bien jurídico objeto de protección penal

El bien jurídico objeto de protección en los delitos de insolvencia es el derecho que tienen los acreedores a satisfacer sus créditos en el patrimonio del deudor. Sin embargo no es uniforme la ubicación sistemática del delito de quiebra (en nuestra legislación denominado como insolvencia punible) en el marco de los atentados contra el sistema crediticio. Debe tenerse presente, que la mayoría de autores no deja de reconocer la existencia de intereses complejos en relación a la protección brindada por el delito de quiebra. Por ello, se entiende al interés prevaleciente⁽²⁰⁾. Para algunos que corresponde a unas de las teorías más difundidas, que considera ante todo que este tipo de delitos atentan contra el derecho a la propiedad. Esta teoría considera que de lo que se trata es proteger el aspecto patrimonial, partiendo de la premisa de que se trata de intereses de tal naturaleza que se ven afectados por el incumplimiento de su pago completo y regular. Al respecto, como señala De la Rúa, existen ciertas variantes dependiendo de los derechos patrimoniales que se vean afectados; así algunos, señalan que se lesiona el patrimonio propio del deudor como prenda común de los acreedores; otros, en cambio, refiriéndose a la materia de modo más específico en términos de la regulación de la quiebra, estiman que lo afectado es el régimen de igualdad entre los acreedores (*par conditio creditorum*), que es uno de los postulados principales del régimen jurídico especial propio de la quiebra. Otros consideran que la quiebra, como tal, de modo prevaleciente, es un atentado al crédito mismo que en el presente caso aparece lesionado por la insolvencia y consecuentemente su incumplimiento⁽²¹⁾. Una variante, sin desmerecer lo señalado, respecto al tema del derecho de propiedad, parte de la consideración preferentemente del patrimonio del quebrado, pero

(18) GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*; p. 126.

(19) *Ibid.*; pp. 127 y 128.

(20) DE LA RÚA, Jorge. *Op. cit.*; pp. 54 y 55.

(21) ANTOLISEI, Francesco. *Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades*. Bogotá, 1964. p. 10; citado por: DE LA RÚA. *Op. cit.*; p. 50.

no limitado como le tesis señalada, a un mero detrimento de su función de prenda común, sino poniendo acento en el gobierno o manejo del patrimonio por parte de su titular. Como lo cita Ripolles Quintano, se considera a la quiebra como un delito cuya esencia reside en el mal uso del propio patrimonio⁽²²⁾. Esta posición tiene especial relevancia, pues solo debe complementarse con que la valoración atiende efectivamente a un mal gobierno, entonces ella está suponiendo un deber especial de la conducta patrimonial en el comerciante, lo que nos lleva a la especificidad de la regulación jurídica del comercio. Dicho en otros términos, nos aproxima grandemente a la tesis que ve en la quiebra un atentado contra la actividad comercial⁽²³⁾.

Su fundamento, en todo caso, se encuentra en la obligación que se impone al deudor, al disponerse que responda de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros. En virtud del tal compromiso legal, el deudor viene a convertirse en una especie de gestor de negocios ajenos en el que los acreedores depositan su confianza (o, por lo menos de que no se comporte fraudulentamente), sabiendo, además, que, en caso de incumplimiento, podrán satisfacer sus créditos en su patrimonio. El propósito de garantizar penalmente esa posibilidad es, pues, lo que constituye el contenido sustancial de los delitos de insolvencia⁽²⁴⁾.

En todo caso, el delito de insolvencia fraudulenta presenta la característica primera de tratarse de una infracción que está ligada en términos más precisos a la alteración que se suscita en el tráfico económico ante un conjunto o pluralidad de derechos patrimoniales afectados, aunque cuando hay quienes manifiestan que esta forma de criminalidad afecta no solo a los acreedores sino una multiplicidad de bienes. Hemos ya señalado la tesis de que el delito de quiebra constituye un atentado contra la economía en general⁽²⁵⁾. Sin embargo la especialidad de las normas de la quiebra está relacionada indudablemente al

incumplimiento de obligaciones de orden económico. La diferencia sustancial con el incumplimiento de las obligaciones reside en que, atento a la existencia de una pluralidad (al menos potencial) de acreedores y la impotencia patrimonial, el derecho interviene no ya en miras a lograr el compulsivo cumplimiento de la obligación (ejecución simple), sino que modifica las reglas tradicionales de la obligación. A partir de esta consideración, la modificación se traduce tanto en orden a la situación jurídica del deudor como a los acreedores. En orden al deudor, el derecho le impone el deber de gobernar su patrimonio de modo tal que no afecte la existencia de bienes, ni se afecte la igualdad de los acreedores; como complemento, el deber jurídico se extiende a requerir la intervención jurisdiccional para la ejecución colectiva. De esta manera, el derecho del crédito aparece particularmente limitado, tanto en orden a la forma de efectivizarlo (pérdida de la acción singular; pérdida de la posibilidad de cobro preferente), como en cuanto a su monto, que se convierte en un monto teórico.

Es así que existen delitos de naturaleza patrimonial, en que el núcleo esencial de la conducta típica está constituido por la frustración de las legítimas expectativas de un acreedor respecto del cumplimiento de una obligación por parte del deudor. Entre estos últimos deben situarse las distintas formas de insolvencia punible⁽²⁶⁾. Desde esta perspectiva, es fundamental que el acreedor tenga garantizada la posibilidad, de exigir en caso de incumplimiento, la satisfacción de su crédito con el patrimonio del deudor. Como lo señala Beneytes Merino, es justamente por esta razón, que el deudor no puede mantener en todo momento la libre disposición de su patrimonio, sino que esta libertad deberá restringirse en los casos en que se encuentra en peligro el pago de los créditos⁽²⁷⁾.

A partir de lo señalado el bien jurídico protegido en el delito de quiebra consistiría en el derecho que tienen los acreedores a que se satisfaga sus

(22) RIPOLLES, Quintano. *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. Madrid, 1966. p. 17.

(23) DE LA RÚA, Jorge. *Los delitos contra la confianza en los negocios*. *Op. cit.*; p. 55.

(24) GONZÁLES RUS, Juan José. *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VII). Las insolvencias punibles*. Citado por: COBO DEL ROSAL, Manuel. *Curso de Derecho penal español. Parte especial I*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. p. 726.

(25) CANDIAN. *Op. cit.*

(26) DELPALMA, José Luis y otros. *Las insolvencias punibles. Derecho penal económico*. p. 248.

(27) *Ibid.*; p. 249.

créditos. La protección penal del derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos se convierte, por vía indirecta, en la protección del derecho al ordenado pago de los mismos. Como señala Bajo Fernández, el significado directo de esta conducta es el de infracción por parte del deudor del deber de conservación del propio patrimonio, es decir de la capacidad de pago. Aparece, pues, como bien jurídico protegido el correlativo derecho de los acreedores a ver satisfechos sus créditos no pagados⁽²⁸⁾. De lo dicho, se desprende que la forma y manera de administrar el propio patrimonio, puede constituir un eventual riesgo para cualquier acreedor, que como es natural, tiene un legítimo interés en que no se produzca una desintegración del patrimonio y se frustren sus expectativas de que, en caso de incumplimiento de la prestación, la misma o sus sustitutivo sean ejecutadas mediante el correspondiente proceso judicial⁽²⁹⁾.

Hemos señalado en sentido estricto que el bien jurídico objeto de protección en los delitos de insolvencia punibles es la confianza que el acreedor deposita en el comerciante, la misma que aparece socavada en el caso de que se suscite un incumplimiento de la prestación correspondiente, la misma que es ejecutada mediante el correspondiente proceso judicial. En el caso de la legislación nacional, la realización del tipo penal está orientada a la afectación de la expectativa normativa de conducta de que los deudores no llevarán a cabo actos de disposición patrimonial, siempre que se trate dentro de un procedimiento concursal con la finalidad de perjudicar a sus acreedores⁽³⁰⁾. En efecto el derecho de crédito de los acreedores se verá severamente limitado por el accionar del deudor al disponer del mismo, tanto a la forma de efectivizarlo (pérdida de la acción singular; y pérdida de la posibilidad de cobro preferente), como en cuanto a su monto, que pasa a convertirse en un monto teórico que ascenderá

a una suma incierta resultante no solo del producido en la ejecución, sino, además de la aplicación de la igualdad de los acreedores (*par conditio creditorum*), según su rango en orden a los privilegios. También su personería resultará afectada, pues el derecho le impone una asociación obligatoria (la masa) con representación necesaria, todo bajo el control jurisdiccional⁽³¹⁾.

4. Delito de fraude concursal doloso⁽³²⁾

Conforme a lo establecido en el artículo 209 del Código Penal, evidentemente que se trata de un delito de naturaleza dolosa que requiere la voluntad en la realización de los actos objeto del cuestionamiento, en el presente caso materializados a través del mismo deudor, la persona que puede actuar en su nombre o el liquidador. El dolo obedece a un sencillo de lucrarse no satisfaciendo sus deudas⁽³³⁾. Al respecto, es importante señalar que aunque la Ley General del Sistema Concursal actualmente vigente establece y determina los procedimientos concursales a realizarse (procedimiento concursal ordinario y procedimiento concursal preventivo)⁽³⁴⁾, los mismos que no están señalados en el artículo del Código Penal que analizamos, la cláusula indeterminada a que se refiere la tercera disposición final de la citada ley deja en claro que el “procedimiento de insolvencia”, debe entenderse y está referido tanto al procedimiento concursal ordinario, al preventivo y a cualquier otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualquiera que sea su denominación y que se incorpore. Esta cláusula indeterminada permite, por otra parte, como lo menciona García Caveró que el artículo 209 del Código Penal pueda también aplicarse a los fraudes concursales realizados en los procedimientos de insolvencia especiales, como los regulados para las administradoras de fondos de pensiones, las entidades del sistema financiero y de seguros, entre otras⁽³⁵⁾.

(28) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas, 1978. pp. 169 y 170.

(29) BENEYTEZ MERINO, Luis. *Op. cit.*; p. 249.

(30) GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*; p. 139.

(31) DE LA RÚA, Jorge. *Op. cit.*; p. 58.

(32) Denominación utilizada por GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*

(33) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Op. cit.*; p. 192.

(34) Títulos II y IV de la Ley General del Sistema Concursal, referidos al procedimiento concursal ordinario y preventivo respectivamente (artículos 23 y 103 correlativamente).

(35) GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*; p. 146.

Un aspecto particularmente importante y al que ya hemos hecho referencia y que marca la diferencia con la normatividad anterior, es que, a diferencia de la legislación penal anterior que reprimía el denominado “delito de quiebra fraudulenta” conforme al Código Penal de 1924, con la legislación actual para que se configure el tipo penal de fraude concursal no es necesario que el deudor haya sido declarado como quebrado, sino que basta que esté dentro de cualquiera de los procedimientos concursales que señala la ley de la materia. Conforme a lo señalado, cualquier acto o transacción que se habría realizado fuera del procedimiento concursal respectivo, incluso de naturaleza fraudulenta, para los fines del tipo penal que es objeto de análisis no tendría relevancia penal por lo menos como delito concursal o de insolvencia fraudulenta.

Tratándose de una persona jurídica que hubiera sido sometida a cualquiera de los procedimientos concursales y que se señalan en la ley de la materia, en tanto que los administradores o representantes de la persona jurídica no tendrían la calidad exigida por el tipo penal (ser un deudor sometido a un procedimiento concursal o la persona que actúa en su representación), pues, conforme a la redacción del artículo 27 del Código Penal, existiría un vacío. A esta regulación, como lo señala García Caveró, se le ha reprochado sobre todo no reconocer el actuar en lugar de otro entre particulares y asumir únicamente la teoría de la representación en general, sin dar pie a incluir los supuestos de la representación fáctica⁽³⁶⁾. Es de esta manera que el artículo 209 señala como sujeto activo del delito “a la persona que actúa en su nombre (...)”, lo cual no justifica, que se haga una extensión en estos términos solo a los delitos concursales, en consideración a que las limitaciones que aparecen en el artículo 27 del Código Penal implican una reforma del citado artículo. Con esta solución no solo se estaría arreglando parcialmente una deficiencia de la parte general del Código Penal mediante un “parche” en el tipo penal de la parte especial, sino también dando un trato desigual en la persecución de los delitos⁽³⁷⁾.

5. Delito de ocultamiento de bienes

Se refiere al acto de ocultar bienes para los fines de perjudicar a los acreedores, haciéndose la salvedad de que este acto -el de ocultamiento- tiene que llevarse a cabo en el devenir conforme a la legislación nacional, en cualquiera de los procedimientos que señala la misma ley. Lo característico es la “causación” de la insolvencia, o la agravación de la misma mediante la ocultación de los bienes, impidiendo de esta manera con ello que los acreedores puedan realizar sus créditos en el patrimonio del deudor⁽³⁸⁾. Cualquier medio que procure este resultado es válido, entendiéndose los procedimientos de ocultación física (esconder objetos valiosos, o trasladarlos a lugares para que no sean ubicados), como los jurídicos (enajenaciones ficticias, traspaso de créditos, constitución de hipotecas sobre los mismos, donaciones, simulación de deudas, etcétera). Incluso la presentación de datos o información falsa relativa al estado de insolvencia.

No cabe la comisión por omisión puesto que la ocultación solo se genera mediante comportamientos activos. La ocultación de bienes en el balance es un supuesto de ocultación activa y no omisiva, puesto que lo importante es la conducta de presentar el balance y no que en él no figuren algunos elementos del activo. En igual sentido, la insolvencia punible o fraudulenta es la consecuencia directa de la ocultación o de la disposición fraudulenta de bienes. Como lo cita González Rus, puede ser total (cuando se hacen desaparecer todos los bienes) o parcial (cuando solo se oculta una parte de ellos; siempre que esta sea suficiente para impedir que los acreedores consigan la efectividad de sus créditos⁽³⁹⁾). En todo caso, lo importante es que, como consecuencia de tales comportamientos, en términos de causalidad, el activo aparezca inferior al pasivo, resultando insuficiente para atender las obligaciones pendientes.

Debe insistirse que no se castiga la insolvencia en sí misma, ni la situación de insolvencia, sino la situación dolosa que ha producido la misma que, como ya se ha mencionado, supone antes que

(36) *Ibid.*; p. 148.

(37) *Ibid.*; p. 149.

(38) GONZÁLES RUS, Juan José. *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VII)*. *Op. cit.*; p. 730.

(39) *Ibid.*; p. 732.

nada un desequilibrio económico entre el activo y la prestación o prestaciones realizables y que en este supuesto delictivo exigen que actúen en forma sincronizada, esto es, que el cumplimiento de tales prestaciones sea consecuencia de la referida actuación dolosa o fraudulenta del deudor, excluyéndose no solo, y por supuesto, los acontecimientos fortuitos, sino también aquellos que son consecuencia de una culpabilidad culposa, aunque no resulten excluidas aquellas conductas que, partiendo de situaciones fortuitas (o de fuerza mayor) o simplemente culpables, graven dolosamente la situación de insolvencia parcial⁽⁴⁰⁾.

6. Delito de simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas en agravio de los acreedores

Se trata del aumento del pasivo del deudor concursado de una manera fraudulenta y como consecuencia de ello de una disminución del pasivo. La ley señala diferentes conceptos por los que se puede ver disminuido el patrimonio del deudor; a saber: deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas. Aunque cada uno de estos conceptos tienen diferentes significados y cada uno de ellos sus propias connotaciones sobre todo en el terreno jurídico, como lo señala Peña Cabrera, no toda disminución del patrimonio por cualquiera de los conceptos mencionados adquiere relevancia típica, sino que es necesario cierto elemento defraudatorio⁽⁴¹⁾.

Se refiere a cuando el deudor de una forma fraudulenta incrementa su pasivo simulando pérdidas o gastos que son o han sido inexistentes en la labor comercial del deudor. El hecho de que el deudor recurra a una simulación fraudulenta en detrimento de su patrimonio, configura por sí misma un acto de defraudación suficiente para dar relevancia típica a esta conducta. En ese sentido, esta conducta no adquiere relevancia típica *per se*, sino que debe de tratarse de actos de endeudamiento o de reducción patrimonial no justificados o autorizados⁽⁴²⁾.

7. Delito de favorecimiento ilícito de acreedores

En el presente caso, se trata del deudor que una vez sometido a trámite cualquiera de los procedimientos que establece la ley del sistema concursal, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los órganos concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o a varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto (afectación de la comunidad de pérdidas a la que pertenece todos los acreedores). En el presente caso, conforme a lo señalado, el sujeto activo de este delito en realidad no tiene intención de sustraerse de sus obligaciones, acreencias. El injusto o acto fraudulento tiene como objetivo principal favorecer solo a uno o a varios acreedores con el pago de sus créditos, en desmedro del resto de acreedores.⁴²

(40) STS de 7 de noviembre de 1987; citada por: GONZÁLES RUS, Juan José. *Op. cit.*

(41) PEÑA CABRERA. *Tratado de Derecho penal, parte especial*. II-B. Lima, 1995. p. 698.

(42) GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*; p. 154.