

EVA M.^a SOUTO GARCÍA

**LOS DELITOS DE
ALZAMIENTO DE BIENES
EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995**

Tesis doctoral

Director: Prof. Dr. D. Carlos Martínez-Buján Pérez

Universidade da Coruña
Facultad de Derecho
A Coruña, 2008

ÍNDICE

	<u>Pág</u>
ABREVIATURAS.....	11
INTRODUCCIÓN	
LOS DELITOS DE INSOLVENCIA PUNIBLE: SU CONCRETA TIPIFICACIÓN.....	13
<u>I. Consideraciones generales en torno al tratamiento jurídico de la situación de insolvencia.....</u>	13
<u>II. La actual regulación de los delitos de insolvencia punible en el ordenamiento jurídico español.....</u>	17
CAPÍTULO PRIMERO	
LA RÚBRICA DEL TÍTULO XIII DEL CÓDIGO PENAL: “DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO”.....	29
<u>I. Consideraciones generales.....</u>	29
<u>II. Los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: conceptos básicos.....</u>	33
II. 1- Concepto de patrimonio y delitos patrimoniales.....	33
II. 2- Concepto de Derecho penal económico, orden socioeconómico y delitos contra el orden socioeconómico...	39
<i>Excursus: La expansión del derecho penal: planteamiento del fenómeno, posiciones doctrinales y el delito económico como exponente de la expansión.....</i>	52
<u>III. Propuesta para una sistematización de los delitos patrimoniales y socioeconómicos.....</u>	64
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	77
<u>I. Consideraciones generales.....</u>	77
<u>II. Análisis de las diferentes posturas.....</u>	83
II. 1- Partidarios del bien jurídico supraindividual.....	83
a) Carrara y Pagliaro: La protección de la <<fe pública>> y del <<ordenado ejercicio del comercio>>.....	83
b) La protección del sistema crediticio y de la economía.....	86
c) La protección de la función social de los derechos patrimoniales.....	99

	<u>Pág</u>
II. 2- La teoría de la pluriofensividad en los delitos de insolvencia punible.....	101
II. 3- La tesis de la inexistencia de un bien jurídico común en los delitos de insolvencia punible.....	107
II. 4- Las tesis patrimonialistas.....	110
III. Toma de posición.....	113
III. 1- Las insolvencias punibles como delitos socioeconómicos en sentido amplio o impropio.....	113
III. 2- Análisis de otros bienes jurídicos de la misma naturaleza dogmática que el bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia punible.....	116
a) Delitos contra la propiedad industrial.....	116
b) Los delitos de competencia desleal.....	119
c) Los delitos societarios.....	120
CAPÍTULO TERCERO	
EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA.....	125
<u>I. Consideraciones generales.....</u>	125
<u>II. El concepto mercantil de insolvencia y su regulación.....</u>	126
II. 1- La antigua regulación mercantil.....	127
II. 2- La nueva Ley Concursal y el concepto de insolvencia manejado.....	131
<u>III. El concepto de insolvencia en el Derecho penal: variaciones y similitudes con respecto al concepto mercantil.....</u>	139
III. 1- El concepto de insolvencia en la doctrina: cuestiones terminológicas.....	139
III. 2- La insolvencia definitiva o provisional como presupuesto de la sanción penal.....	150
III. 3- El concepto de insolvencia inminente y su encuadre en el delito del art. 260 del CP.....	158
<u>IV. Otras cuestiones en torno al concepto penal de insolvencia.....</u>	163
IV. 1- Insolvencia real e insolvencia ficticia.....	163
IV. 2- La insolvencia total y parcial.....	166
CAPÍTULO CUARTO	
EL TIPO BÁSICO DE ALZAMIENTO DE BIENES.....	171
<u>I. Concepto y requisitos del delito de alzamiento de bienes.....</u>	171
<u>II. Bien jurídico y contenido del injusto.....</u>	174
II. 1- La tesis dominante: Los delitos de alzamiento de bienes como delitos de peligro.....	175

	<u>Pág</u>
II. 2- Crítica a la tesis dominante.....	186
II. 3- La tesis minoritaria: los delitos de alzamiento de bienes como delitos de lesión.....	191
a) Planteamiento general: El concepto de lesión y perjuicio en las tesis minoritarias.....	191
b) Toma de posición: la lesión entendida como perjuicio efectivo.....	195
<u>III. Sujeto pasivo del delito.....</u>	<u>204</u>
<u>IV. El presupuesto: La relación jurídico-obligacional previa.....</u>	<u>209</u>
IV. 1- Consideraciones generales.....	209
a) El vínculo obligacional: concepto y elementos.....	210
b) Clases de obligaciones.....	213
c) El cumplimiento de la obligación y los mecanismos extra muros al Código Penal de protección frente al incumplimiento de la prestación debida.....	217
d) Las deudas de Derecho público: especial referencia a las deudas tributarias y de la Seguridad Social.....	223
IV. 2- Las características de la deuda en el Derecho penal....	230
a) La inclusión del crédito público.....	231
b) La concreta problemática de las deudas autoliquidadas.....	234
b. 1) La particular naturaleza de las deudas autoliquidadas y sus repercusiones sobre el delito de alzamiento de bienes.....	234
b. 2) La aplicación del delito de alzamiento de bienes y del delito fiscal en el caso de las deudas autoliquidadas.....	248
c) Liquidez, exigibilidad y vencimiento de la deuda....	249
<u>V. Objeto material.....</u>	<u>254</u>
<u>VI. La conducta típica.....</u>	<u>258</u>
<u>VI. 1- El concepto de alzarse.....</u>	<u>258</u>
<u>VI. 2- La omisión.....</u>	<u>263</u>
<u>VI. 3- El favorecimiento de acreedores y el pago anticipado de deudas.....</u>	<u>267</u>
<u>VII. El sujeto activo del delito.....</u>	<u>276</u>
<u>VIII. El tipo subjetivo.....</u>	<u>282</u>
<u>IX. Causas de justificación.....</u>	<u>291</u>
<u>X. Culpabilidad: especial referencia al error de prohibición.....</u>	<u>293</u>
<u>XI. Tipos de imperfecta realización.....</u>	<u>297</u>

	<u>Pág</u>
<u>XI. 1- La tentativa.....</u>	298
<u>XI. 2- El desistimiento.....</u>	302
<u>XI. 3- Caracterización del delito como tipo de mera actividad o de resultado.....</u>	303
<u>XII. Autoría y participación.....</u>	305
XII. 1- La autoría en casos en que el deudor actúa en nombre propio.....	306
XII. 2- La autoría en los supuestos de actuaciones <<en nombre de otro>>. La aplicación del art. 31 del CP en el delito de alzamiento de bienes.....	308
XII. 3- Participación.....	322
<u>XIII. Cuestiones concursales.....</u>	326
XIII. 1- Relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y las diferentes modalidades de estafa.....	327
XIII. 2- Las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y delito de malversación impropia del art. 435 del CP.....	333
XIII. 3- Las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y delito de desobediencia del art. 556 del CP.....	334
XIII. 4- Las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y delitos de falsedad documental.....	336
XIII. 5- Las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y delito de impago de pensiones.....	338
XIII. 6- Las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y delito societario del art. 295 del CP...	340
XIII. 7- Las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y delito de defraudación tributaria.....	340
<u>XIV. La causa de exclusión de la pena del art. 268 del CP.....</u>	342
<u>XV. La responsabilidad civil derivada de delito de alzamiento de bienes.....</u>	349
<u>XVI. Persiguibilidad.....</u>	355
CAPÍTULO QUINTO	
LOS TIPOS ESPECÍFICOS DE ALZAMIENTO DE BIENES...	359
<u>I. La tipificación de los tipos especiales de alzamiento de bienes y los elementos comunes con el tipo básico.....</u>	359
<u>II. Alzamiento de bienes para eludir la eficacia de un embargo y procedimiento ejecutivo o de apremio -art. 257.1. 2º-.....</u>	361
II. 1- Bien jurídico y contenido del injusto.....	361

	<u>Pág</u>
II. 2- El presupuesto: El embargo, procedimiento ejecutivo o de apremio.....	366
II. 3- La conducta típica.....	370
II. 4 - El tipo subjetivo.....	371
II. 5- El <i>iter criminis</i>	372
<u>III. Alzamiento para eludir la responsabilidad civil <<ex delicto>> -art. 258-</u>	373
III. 1 - Bien jurídico y contenido del injusto.....	373
III. 2 - El presupuesto: La responsabilidad civil ex delicto y la adquisición de la condición de responsable por el hecho delictivo.....	374
III. 3- El tipo subjetivo.....	382
III. 4- El <i>iter criminis</i>	383
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	389
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	397

ABREVIATURAS

- **C.c:** Código Civil, de 24 de julio de 1889.
- **C.co:** Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.
- **CIRE:** Decreto Lei nº 53/04, de 18 de março, por el que se aprueba el Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.
- **CP:** Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- **CPEREF:** Decreto Lei nº 132/93, de 3 de abril, por el que se aprueba el Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência.
- **CPI:** Código Penal Italiano.
- **CPP:** Código Penal Portugués.
- **LAJG:** Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- **LC:** Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- **LCA:** Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de la Administración pública.
- **LEC:** Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- **LECr:** Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se promulga la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- **LF:** Legge Fallimentare, r.d 16 de marzo 1942, Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa.
- **LGSS:** Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- **LGT:** Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

- **LH:** Ley Hipotecaria. Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946.
- **LJCA:** Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- **LPAC:** Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- **LSP:** Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos.
- **RH:** Reglamento Hipotecario, Decreto de 14 de febrero de 1947.
- **RGCL:** Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.
- **RGR:** Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.
- **StGB:** Strafgesetzbuch.
- **ZStW:** Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

INTRODUCCIÓN

LOS DELITOS DE INSOLVENCIA PUNIBLE: SU CONCRETA TIPIFICACIÓN.

I. Consideraciones generales en torno al tratamiento jurídico de la situación de insolvencia.

La insolvencia ha sido una de las situaciones de desbalance económico que, a lo largo de la historia, ha sido tratada de formas muy diversas. El concepto de insolvencia y el tratamiento jurídico que se le ha otorgado han evolucionado notablemente desde las primeras disposiciones que regularon esta concreta realidad. Es obvio que los cambios sociales, políticos y económicos han influido en las paulatinas transformaciones que ha sufrido el contenido de los conceptos de insolvencia y deudor insolvente.

Si se realiza un estudio de la evolución histórica de la institución jurídica de la insolvencia, se podrá comprobar cómo en el Derecho arcaico - v. gr. Derecho hebraico o griego- el incumplimiento de las obligaciones contraídas conllevaba la aplicación de medidas únicamente penales y nunca civiles¹. Esta misma línea se siguió en el Derecho romano y germano, de forma que la incapacidad de hacer frente a las deudas contraídas daba lugar comúnmente a la aplicación de castigos corporales y sanciones que incidían en la dignidad del sujeto.

Ha de destacarse el hecho de que durante esta época no se exigía un determinado comportamiento por parte del deudor. En este sentido, bastaba el incumplimiento de la obligación contraída para efectuar la ejecución sobre

¹ Vid. **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, Dykinson, Madrid 2003, p. 11. Asimismo, **GIANCANI, G-S.**, *Dell Fallimento e della Bancarotta*, Società Editrice del Libro Italiano, Roma 1940, p. 3.

la persona física del deudor y, sólo extensivamente, sobre su patrimonio². Era común en aquel entonces la imposición de medidas tan singulares y peculiares como la obligación de llevar una argolla de hierro al cuello, la excomunión del deudor o la pérdida de las honras fúnebres³.

Según el Derecho de las XII Tablas, al acreedor insatisfecho le asistía la conocida <<Legis actio per manus iniectioem>> o <<manus iniectio>>⁴. Configurado como un procedimiento ejecutivo, la <<Legis actio per manus iniectioem>> operaba cuando un deudor no cumplía la sentencia dictada por un juez, o confesaba ante el mismo *-confessus-* la existencia e impago de la deuda. El demandante, esto es, el acreedor insatisfecho debía solicitar al juez la entrega del deudor para llevárselo a su propia casa. El deudor sólo podía ser salvado de esta sanción si se presentaba un fiador *-vindex-*. De no ser así, el cautiverio podía durar hasta un máximo de sesenta días, durante los cuales el acreedor podía conducir a su deudor al mercado un total de tres veces *-trans Tiberim-* con la intención de que alguien lo rescatase. Transcurridos los sesenta días sin que nadie pagase la deuda, el acreedor podía vender a su deudor como esclavo o incluso darle muerte. En caso de existir varios deudores, el cuerpo podía ser despedazado y ser repartido entre los acreedores insatisfechos⁵. Se trataba en definitiva, de una acción mediante la cual el acreedor se apoderaba de la persona del deudor y lo convertía en cierto modo en parte de su patrimonio⁶.

Asimismo, y junto a las penas corporales, estuvo vigente durante largo tiempo la institución de la prisión por deudas y la obligación de servidumbre del deudor frente al acreedor insatisfecho. Sólo cuando el deudor estaba ausente o la ejecución personal era imposible, se autorizaba la ejecución del

² Vid. **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, cit., p. 12 o **LONGHI, S.**, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Società Editrice Libreria, Roma- Milano- Napoli 1930, p. 9.

³ Vid. **QUINTANO RIPOLLÉS, A.**, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal II*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1977, pp. 18 y 19.

⁴ Vid. **GARCÍA GARRIDO, M-J.**, *Derecho privado romano. Casos, acciones e instituciones*, Ediciones Académicas, Madrid 2004, p. 149.

⁵ Vid. **GARCÍA GARRIDO, M-J.**, *Derecho privado romano. Casos, acciones e instituciones*, cit., p. 149. Como en la doctrina italiana indica COCCO, ese es el momento en que puede decirse que nace el principio de la <<par condicio creditorum>>. El cuerpo era repartido a partes iguales entre los acreedores hasta que tal práctica se prohibió, y la paridad se restringió únicamente al patrimonio del deudor insolvente. Vid. **COCCO, G.**, *La bancarotta preferenziale*, Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1987, p. 64.

⁶ Vid. **PINTO FURTADO, J.**, “Perspectivas e tendências do moderno Direito da falência”, en *Revista da Banca*, nº 11, Lisboa 1989, p. 63.

patrimonio, que pasaba a manos del acreedor *-missio in bona*⁷. Unas y otras medidas eran concebidas como medios de coacción al pago que se aplicaban incluso en caso de que la insolvencia sobreviniese fortuitamente. Los deudores insolventes eran considerados ladrones públicos y conocidos por el término de <<*bancae ruptores*>>⁸. A todo comerciante quebrado se le presumía la realización de actividades fraudulentas, sobre todo en caso de fuga o de la apreciación de irregularidades en los libros contables⁹. Por todo lo dicho, puede afirmarse que las medidas que se preveían contra los deudores insolventes, únicamente pretendían el resarcimiento de la deuda y la protección a ultranza de la propiedad¹⁰. Estas prácticas fueron comunes en Roma hasta la promulgación de la <<*Lex Poetelia Papiria*>>. No puede decirse que con esta Ley se eliminasen completamente las penas corporales, pero al menos sí se rebajó su dureza. A su vez, y tal y como perdura en la legislación actual, la <<*Lex Poetelia Papiria*>> obligaba a la distinción entre el deudor insolvente de buena y mala fe¹¹.

Con el triunfo de ideas como el principio de humanidad de las penas se fueron suavizando las medidas de intervención sobre el deudor insolvente. Se operó un cambio sustancial que supuso la definitiva erradicación del castigo corporal, el cual se sustituyó por la sanción patrimonial, utilizada únicamente para los supuestos de insolvencias fraudulentas¹². Así, el deudor podía

⁷ Vid. **GIL PIMENTEL FELGUEIRAS MACHADO, J-M.**, *Da falência em Direito Internacional Privado*, (Tese doutoral), Universidade Portucalense Infante D. Enrique, Porto 2000, p. 14.

⁸ Vid. **RUIZ MARCO, F.**, *La protección penal del crédito*, Dilex, Madrid 1995, p. 92 o **ANTOLISEI, F.**, *Manuale di Diritto Penale. Legge Complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Giuffrè, Milano 2001, p. 14. Como puede apreciarse, el término <<*bancae ruptores*>> guarda gran similitud con la palabra bancarrota. Probablemente el origen de esta última se remonte precisamente a esta época. Vid. en este sentido **LA MONICA, M.**, en *Dizionario dei Reati contro l'economia*, MARINI, G./ PATERNITI, C., (a cura di), Giuffrè, Milano 2000, p. 123.

⁹ Vid. **PUNZO, M.**, *Il delitto di Bancarrota*, Editrice Torinese, Torino 1953, p. 10. Como explica **CAEIRO, P.**, *Sobre a natureza dos crimes falenciais*, Coimbra Editora, Coimbra 1996, pp. 253 y 254, en la historia de la protección del derecho de crédito llegó un momento en el que el término <<*fugitivus*>> era sinónimo de deudor fraudulento. No sólo se perseguía al insolvente que se fugaba, sino que a todo deudor que huía se le consideraba insolvente y delincuente. De esta forma, la situación de insolvencia llegaba en algunos casos a ser innecesaria, pues se partía de presunciones para dictaminar la culpabilidad del deudor, omitiendo la necesaria concurrencia de la insolvencia.

¹⁰ Vid. **GIANCANI, G-S.**, *Dell Fallimento e della Bancarrota*, cit., p. 5.

¹¹ Vid. **CONTI, L.**, *I Reati Fallimentari*, Utet, Torino 1991, p. 5, **GIANCANI, G-S.**, *Dell Fallimento e della Bancarrota*, cit., p. 6 o **LONGHI, S.**, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, cit., p. 10.

¹² Vid. **RUIZ MARCO, F.**, *La protección penal del crédito*, cit., p. 95. Para ver el proceso completo y la sucesión de normas que llevaron a la total erradicación puede verse **GIANCANI, G-S.**, *Dell Fallimento e della Bancarrota*, cit., pp. 6 a 16.

liberarse de la <<*addictio*>> si ponía a disposición del acreedor todo su patrimonio, para que éste lo vendiese y con el precio obtenido cobrar la deuda *-cessio bonorum*¹³. En este sentido, la intervención del Derecho civil en los casos en los que la insolvencia respondía a causas ajenas a la voluntad del deudor fue ganando terreno, a la vez que disminuía el recurso a las medidas puramente penales y retributivas. Ya en la baja Edad Media la subsidiariedad se invierte y se impone el tratamiento de la insolvencia a través del Derecho civil¹⁴. Así, en el Derecho germano se contempla ya la prioridad de la ejecución patrimonial frente a la personal¹⁵.

Con todo, lo cierto es que la institución de la prisión por deudas estuvo vigente en los ordenamientos jurídicos europeos hasta un pasado reciente. Así por ejemplo, su desaparición se produjo en Francia en 1867, en Alemania se abolió en 1868 y el mismo fenómeno se constató en Inglaterra un año después. En España se proclamó formalmente la supresión de la prisión por deudas con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, aunque no sería hasta la promulgación del Código Civil de 1889 cuando se erradicase cualquier tipo de duda sobre la clase de medidas que debían ser adoptadas en caso de insolvencia¹⁶. Así, el art. 1.911 del C.c expresamente impone que <<del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros>>. Como recuerda la STS 10 de febrero de 2006, <<lo que el Código Penal castiga no es el empobrecimiento del deudor, como modalidad de la proscrita prisión por deudas, sino la conducta dolosa de quien reduce u oculta su patrimonio para defraudar los derechos de los acreedores, que ven así frustradas las legítimas condiciones en que efectuaron la contratación>>.

Desde la abolición de la denostada institución de la prisión por deudas, el legislador ha procurado establecer nítidamente los límites entre la ley civil y la ley penal. Respondiendo a las exigencias constitucionales que rigen el ordenamiento jurídico español, la pena de prisión puede imponerse sólo y exclusivamente con base en normas penales. *Extra muros* al Derecho penal, los medios de que dispone el Derecho civil son diversos. Baste citar por ejemplo

¹³ Vid. **BETANCOURT, F.**, *Derecho Romano Clásico*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2001, p. 154.

¹⁴ Vid. **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, cit., p. 13.

¹⁵ Vid. **GIANCANI, G-S.**, *Dell Fallimento e della Bancarotta*, cit., p. 16 o **LONGHI, S.**, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, cit., p. 13.

¹⁶ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona 1999, p. 30.

la ejecución forzosa en forma específica - art. 1.096, 1.098 y 1.090 del C.c-, la indemnización por daños y perjuicios -arts. 1.101 C.c y 713 y ss LEC- o la acción pauliana o revocatoria - art. 1.111 C.c-.

En el ordenamiento jurídico penal español se contempla desde el Código Penal de 1848 la tipificación tanto de los delitos concursales como de los tipos penales de alzamiento de bienes. Desde el Código Penal de 1944, estos últimos son castigados con pena más leve que el comúnmente conocido como delito de quiebra, modificándose así el criterio del Código de 1848 en el que la sanción era incluso más grave. Desde entonces, los delitos de alzamiento de bienes constituyen una defraudación privilegiada respecto del delito de quiebra o del, utilizando la terminología actual, delito concursal de insolvencia fraudulenta¹⁷ del art. 260 del CP.

Para concluir debe decirse que las legislaciones de nuestro entorno presentan un panorama similar y recogen en sus ordenamientos jurídicos sanciones penales en caso de provocación dolosa de la insolvencia. Así, en el ordenamiento jurídico penal italiano el legislador ha optado por la tipificación de los conocidos reati fallimentari en una ley especial, la Legge Fallimentare - r. d. 16 de marzo de 1942, mientras que en Alemania se ha preferido incluir estos delitos en el propio Código Penal -§ 283 StGB-. Por su parte, el Derecho portugués constituye una suerte de sistema mixto, pues es posible encontrar delitos de insolvencia tanto en el Código Penal como en el Decreto Ley nº 53/2004 de 18 de marzo.

II. La actual regulación de los delitos de insolvencia punible en el ordenamiento jurídico español.

El Código Penal de 1995 ha supuesto, en lo que a los delitos de insolvencia punible se refiere, la introducción de novedades tan sobresalientes que podría decirse que se ha configurado un panorama normativo

¹⁷ Tras la entrada en vigor de la Ley Concursal y la derogación del procedimiento de quiebra, ya no es correcto denominar al delito del art. 260 como <<delito de quiebra>>. Así, FARALDO CABANA ha optado por rebautizar a este tipo como <<insolvencia fraudulenta>> y al total de los tipos como delitos de insolvencia punible. Vid. FARALDO CABANA, P., “Falsedades contables en los procedimientos concursales”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, III, Madrid 2002, p. 289.

absolutamente nuevo¹⁸. La nueva redacción que el legislador de 1995 ha dado a la familia delictiva de las insolvencias punibles introduce notables variaciones respecto de la regulación que anteriormente se le venía dando en el Código Penal de 1944/1973.

En primer lugar, los delitos de insolvencia se escinden del capítulo de las defraudaciones, pasando a integrar un capítulo autónomo y propio. Bajo la rúbrica “De las defraudaciones”, el Capítulo IV del Código Penal anterior recogía, en sus distintas secciones, los delitos de estafa, la infracción de los derechos de autor y la propiedad industrial, la apropiación indebida, las defraudaciones de fluido eléctrico y los delitos de insolvencia.

Literalmente la sección primera de este Capítulo IV se intitulaba “Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punible”. Esta nomenclatura conducía a equívoco respecto de las figuras delictivas existentes y tipificadas. La insolvencia punible no era, ni es en la actualidad, un delito en sí mismo considerado, sino el elemento unificador de los distintos tipos de alzamiento de bienes, los delitos concursales. Como se dice en la STS de 26 de septiembre de 2001, y como sostiene en general la doctrina y jurisprudencia dominantes, la insolvencia es el elemento común y aglutinante que vincula a todas las figuras delictivas objeto de análisis.

Novedosa es también la creación por el legislador penal de 1995 de un título dedicado a los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, que sustituye al inadecuado y desfasado Título XIII del CP anterior denominado “De los delitos contra la propiedad”. La creación de este nuevo Título XIII no se encuentra ni mucho menos exenta de polémica, ya que la doctrina no se muestra unánime respecto de qué figuras delictivas deben considerarse delitos patrimoniales y cuáles socioeconómicos.

De un lado se recogen delitos que tradicionalmente se vienen considerando como patrimoniales y de otro aquellos que pueden identificarse como socioeconómicos. Hasta el momento, los contornos definitorios de una y otra categoría no se han perfilado con total claridad. La razón principal para esta indefinición es la complejidad que se manifiesta a la hora de interpretar precisamente delitos como las insolvencias punibles, a los cuales se ha atribuido por parte de la doctrina una naturaleza mixta entre lo patrimonial y

¹⁸ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, “Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 10 de junio de 1999”, en *Revista de Derecho Social*, nº9, Ed. Bomarzo, 2000, marg. 203.

lo socioeconómico¹⁹. Debido a la estructura que se ha diseñado para la elaboración de este trabajo, la cuestión de la naturaleza mixta de los delitos de insolvencia punible será ampliamente analizada en el capítulo siguiente²⁰. Baste ahora pues apuntar que se trata de una de las novedades introducidas por el legislador de 1995, que repercute en los delitos de insolvencia y que, como se expondrá, suscita posicionamientos encontrados en la doctrina y la jurisprudencia.

Otra de las innovaciones efectuadas por el legislador de 1995, y que afecta a los delitos de insolvencia, ha sido la creación de tipos delictivos antes desconocidos en la legislación penal española. Concretamente se trata de los tipos específicos de alzamiento de bienes -art. 257. 1. 2º y 258-, el favorecimiento de acreedores del art. 259 y el delito contable en procedimiento concursal del art. 261 del CP. Se amplía así la esfera punitiva al aumentarse considerablemente, y respecto de la normativa anterior, las conductas criminales que giran en torno a la situación de insolvencia.

Así, el delito del art. 257.1.2º sanciona el hecho de provocar la insolvencia en el seno de un procedimiento ejecutivo. La especificidad viene determinada en este caso por el inicio o inminente inicio de un procedimiento de ejecución. Por su parte, el art. 258 del CP castiga la misma conducta de autoprovocación de la insolvencia, pero en esta ocasión con la finalidad de frustrar el cobro de las responsabilidades civiles derivadas de un delito. Dicha ampliación ha sido criticada por un amplio sector de la doctrina. Así por ejemplo, puede verse entre otras la opinión de VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC²¹, para quienes los denominados alzamientos específicos tenían cabida ya en el tipo básico del art. 257. 1.1º del CP²². Por lo

¹⁹ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Doc. Torío López*, CEREZO MIR, J./ SUÁREZ MONTES, R-F./ BERISTAIN IPIÑA, A./ ROMEO CASABONA, C-M., (Eds), Comares, Granada 1999, p. 793.

²⁰ Vid. *infra*. el epígrafe III del Capítulo Primero.

²¹ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo blanch, Valencia 1998, p. 108 y **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, en *Derecho Penal Español. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL, M., (Coord.), Dykinson, Madrid 2005, p. 552. Más tajantes se muestran BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO, quienes califican la previsión de este delito como inútil. Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2001, p. 392.

²² De la misma opinión puede verse **RAMOS RUBIO, C.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, en *Partida Doble*, nº 69, 1996, p. 29. Por su parte, NIETO MARTÍN opina que si se compara la legislación española con la alemana, se llegará a la conclusión de que el precepto es innecesario. En el § 288 del StGB se tipifica un delito homólogo al del art. 257. 1. 2º del CP español, pero no se recoge figura alguna asimilable al tipo básico de alzamiento de bienes. A juicio

que respecta al art. 259 del CP, con su creación se castiga la connivencia fraudulenta entre el deudor y uno o varios acreedores para perjudicar a los restantes titulares de un derecho de crédito. Para apreciar el delito es preciso que la solicitud del concurso haya sido admitida a trámite y se eludan las reglas y preferencias establecidas en el procedimiento para la satisfacción de los créditos²³. De este último dato se deriva el hecho de que a este delito se le conozca como <<favorecimiento de acreedores>>. Este supuesto se venía sancionando ya por los tribunales de justicia a través del delito de alzamiento de bienes, y ello a pesar de las dudas que sobre su aplicabilidad existían. Por este motivo, y en aras de la seguridad jurídica, el legislador consideró adecuado tipificar expresamente la connivencia en fraude de ley entre el acreedor o acreedores y el deudor cuando ello suponga la inobservancia de las normas concursales. En cierto modo, se ha creado por el legislador un tipo específico de protección del proceso concursal y de su correcto funcionamiento²⁴. Si bien en el Código Penal español, esta incorporación puede ser calificada como novedosa, no lo es así en otros ordenamientos como el italiano. Ya desde el año 1942, se preveía en el art. 216 de la Legge Fallimentare lo que se ha convenido en llamar la <<bancarotta fraudolenta preferenziale>>, esto es, la simulación -antes o después de la declaración de la bancarrota- de la preferencia en el cobro de determinados acreedores²⁵. Y lo mismo puede decirse de la legislación alemana, en la cual dicha conducta se sanciona en el § 283. c) del StGB como un tipo privilegiado con respecto al delito de bancarrota.

del citado autor, la inexistencia de este último justifica la existencia del § 288 del StGB. De no existir este tipo penal, todas las conductas de obstaculización de los procedimientos de ejecución individual quedarían impunes. En España, sin embargo, ello no ocurriría gracias a la existencia del tipo básico de alzamiento de bienes. Véase **NIETO MARTÍN, A.**, “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, en *Actualidad penal*, n° 40, Madrid 1996, marg. 771. Contrariamente, autores como **TERRADILLOS BASOCO** apuntan la existencia de diferencias de suficiente entidad como para justificar la tipificación de las conductas específicas. Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, “Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 10 de junio de 1999”, cit., marg. 207.

²³ Vid. **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de quiebra*, Tirat lo blanch, Valencia 2000, p. 44.

²⁴ Vid. **BLANCO BUITRAGO, R.**, “La separación de los ilícitos civiles y los ilícitos penales en el ámbito concursal”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n° 3, Marzo 2004, p. 25.

²⁵ Vid. **MENGHINI, A.**, “I Reati Fallimentari in Spagna”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economía*, Cedam, Padova 2003, p. 161. Aclara la autora que el delito del art. 259 del CP español sanciona la misma conducta que el delito de <<bancarotta preferenziale post-fallimentare>>, es decir, a la preterición de acreedores después de la declaración del concurso - lo que en Italia se denomina fallimento-.

También la falsedad contable del art. 261 supone una novedad en el Código Penal de 1995, y no sólo por cuanto tal figura era desconocida en el ordenamiento jurídico hasta tal fecha, sino también por tratarse de la tipificación de una falsedad ideológica cometida por particular²⁶. Se tipifica así una excepción a la regla general de impunidad de las falsedades ideológicas cometidas por particular, establecida por el art. 392 del CP en relación con el art. 390 relativo a las falsedades en documento mercantil²⁷.

Y si bien se han producido ampliaciones en la tipificación de los delitos, lo cierto es que, simultáneamente se han suprimido como delictivos determinados supuestos de hecho que provocaban una excesiva amplitud de las conductas tipificadas²⁸. Así sucedió con las insolvencias imprudentes excluidas hoy de la intervención penal y relegadas al ámbito del Derecho civil y mercantil²⁹. El legislador de 1995 entendió en su momento que resultaba excesivo castigar penalmente esta clase de comportamientos, caracterizados por no ser fraudulentos sino simplemente negligentes³⁰. Se termina así en España con la presencia de un delito de larga tradición en las legislaciones europeas como la italiana o la portuguesa. En las legislaciones de ambos países, el hecho de que la crisis económica se haya causado dolosa o negligentemente conlleva diferencias de trato, sancionándose más duramente la <<bancarrotta fraudolenta patrimoniale>> que la <<bancarotta

²⁶ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 2005, p. 130 o **RAMOS RUBIO, C.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., p. 37.

²⁷ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 130.

²⁸ Vid. **RODRÍGUEZ MOURULLO, G.**, “Acerca de las insolvencias punibles”, en *Dogmática y Derecho penal, Tomo II, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, ZUGALDÍA ESPINAR, J-M./ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004, p. 1154. También **CERES MONTES, J-F.**, “La insolvencia punible”, en *La Ley*, nº 4, 1996, p. 1185.

²⁹ Sobre este aspecto opina SUÁREZ GÓNZALEZ que quizás convendría replantearse su reintroducción. Los argumentos dados por el autor se basan en el derecho comparado y en las pocas probabilidades de que en la práctica los deudores provoquen dolosamente su insolvencia. Vid. **SUÁREZ GÓNZALEZ, C-J.**, en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, BAJO FERNÁNDEZ, M., (Dir), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1998. Por su parte, **CERES MONTES, J-F.**, “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, en *Delincuencia económica*, Consejo General del Poder judicial, Madrid 2006, p. 280, justifica la exclusión desde el respeto al principio de intervención mínima.

³⁰ Vid. en este sentido, **RAMOS RUBIO, C.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., p. 25. A su juicio, la anterior legislación permitió a la jurisprudencia a extender la aplicación de los delitos de insolvencia a supuestos que implicaban únicamente responsabilidad civil.

semplice>> en Italia³¹ y la <<insolvência dolosa>> frente a la <<insolvência não intencional o negligente>> en Portugal³².

Notable es además la inclusión expresa en el art. 257. 2 del crédito público y privado en el ámbito de aplicación de los delitos de insolvencia punible³³. La doctrina especializada optó en un primer momento por la exclusión, viéndose los autores obligados al cambio de orientación tras la expresa inclusión efectuada por el legislador penal de 1995³⁴.

Sin embargo, y sin desmerecer en modo alguno las modificaciones e innovaciones que hasta el momento se han expuesto, la novedad más aplaudida por la doctrina penal es la autonomía con la que se ha dotado a los delitos de insolvencia respecto de las normas civiles y mercantiles. Así por ejemplo, los anteriores tipos penales de los arts. 520³⁵ y 521³⁶ del CP de 1973 constituían un claro exponente de norma penal en blanco³⁷, al remitir la descripción de la conducta típica al Derecho mercantil y, específicamente, al

³¹ Vid. los arts. 216 y 217 de la Legge Fallimentare, r.d 16 de marzo 1942, Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'administrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. A pesar de la existencia de ambas figuras, lo cierto es que la bancarrota culpable apenas tiene aplicación o espacio de actuación, debido a la interpretación extensiva que se hace de la bancarrota dolosa. Vid. en este sentido, **PEDRAZZI, C./ ALESSANDRI, A./ FOFFANI, L./ SEMINARA, S./ SPAGNOLO, G.**, *Manuale di Diritto Penale dell'impresa*, Munduzzi Editore, Bologna 2003, p. 117.

³² Véase la diferencia de pena de hasta 4 años en los arts. 227. 1º y 228.1º del CPP.

³³ Vid. más extensamente *infra*. los epígrafes IV. 1- d) y IV. 2- a) del Capítulo Cuarto.

³⁴ Vid. **DEL ROSAL BLASCO, B.**, "Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1994, p. 18 y **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 73 y 74. Por su parte, **QUINTERO OLIVARES** critica esta inclusión por entender que el delito de alzamiento de bienes no está pensado para la protección de esta clase de créditos, aunque reconoce que es posible la realización de la conducta integrante del delito en la fase ejecutiva de estas obligaciones. Véase **QUINTERO OLIVARES, G.**, "Las insolvencias punibles en el Derecho penal español", en *Derecho Penal Económico*, Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001, pp. 519.

³⁵ Art. 520 del CP de 1973: <<El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de prisión mayor>>.

³⁶ Por su parte el art. 521 recogía el supuesto de quiebra culpable y decía: <<el quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable por alguna de las causas comprendidas en el artículo 888 del Código de Comercio incurrirá en la pena de prisión menor>>.

³⁷ Vid. **GONZÁLEZ MONTES, J-L.**, *La calificación civil de la quiebra en el proceso civil*, Eunsa, Pamplona 1974, p. 284. Sobre la inconveniencia de la utilización de la técnica de las normas penales en blanco en el delito de insolvencia, puede verse **QUINTERO OLIVARES, G.**, "Las insolvencias punibles en el Derecho penal español", cit., p. 501.

Código de Comercio. Durante los años de vigencia de dicho texto legal, debía ser la ley mercantil la que calificase la insolvencia como fraudulenta o culpable. Una vez calificada la insolvencia de uno u otro modo, el Código Penal se limitaba a imponer la pena³⁸. Puede decirse que esta necesaria calificación de la quiebra por parte del juez civil implicaba, a su vez, la previa indagación de un juicio de reproche penal en los comportamientos del deudor³⁹. Esta remisión completa de la conducta típica a normas extrapenales ha sido corregida por el nuevo Código. Se pone fin, por tanto, a la dependencia material y procesal que hasta la fecha existía entre el Derecho penal, mercantil y civil⁴⁰. Actualmente, y como establece el apartado 4º del art. 260 del CP, <<en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal>>. Se termina de esta forma con la controvertida cuestión de la prejudicialidad mercantil respecto del Derecho penal en materia de insolvencias⁴¹. Prejudicialidad esta que lejos de ser un acierto ocasionaba grandes inconvenientes en la aplicación de los tipos penales.

Asimismo, el hecho de que sea el legislador penal quien describa la conducta típica acaba con los problemas de coordinación entre el delito de alzamiento de bienes y el procedimiento concursal. Expresamente el art. 257. 3 del CP establece que <<este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal>>. De este modo, una vez que el deudor se alza con sus bienes, el delito puede ser penalmente perseguido, sin perjuicio de que se incoe un procedimiento concursal para comprobar si la ocultación de los bienes conlleva la calificación de la insolvencia como fraudulenta o no.

Con todo, la desvinculación de la normativa penal frente a la legislación civil y mercantil no es total y absoluta. Así, tal y como puede observarse tras la lectura del art. 260, sigue siendo preceptiva la previa declaración del

³⁸ Vid. **SEGRERA TIZÓN, J.-M.**, *El Derecho concursal en el nuevo Código Penal*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia 1998, p. 63.

³⁹ Cfr. **NARVÁEZ BERMEJO, M.-A.**, “La autonomía del Derecho penal y del Derecho mercantil en el nuevo delito de insolvencia punible del art. 260 del nuevo Código Penal”, en *Actualidad Penal* n° 29, Madrid 1997, marg. 645.

⁴⁰ Vid. **GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L.**, “Las insolvencias punibles en las sociedades mercantiles”, en *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, TERRADILLOS BASOCO, J.-M./ ACALE SÁNCHEZ, M., (Coord), Trotta, Madrid 2004, p. 86.

⁴¹ A pesar de esta desvinculación, **CAMPÁ BERTHON** afirma que es innegable que cualquier calificación en la jurisdicción civil tendrá una incidencia indirecta en el procedimiento penal. No obstante, no llega a explicar el citado autor a que tipo de incidencia se refiere. Vid. **CAMPÁ BERTHON, F.**, “La insolvencia punible en relación con el concurso de acreedores”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 716, 2006, p. 16.

procedimiento concursal para la apreciación del delito. Por todo ello, se mantiene la condición objetiva de punibilidad consistente en la necesidad de que concurra la previa declaración del concurso, aunque nada influye en el juez penal la consideración de fraudulenta o no de la insolvencia por parte del juez de lo mercantil⁴². A pesar de los inconvenientes y carencias apuntadas, la mejora operada en el actual Código es notable, pues como expone NARVÁEZ BERMEJO⁴³, <<se han roto las ataduras que vinculaban la suerte del proceso penal al juicio de culpabilidad efectuado previamente en sede civil>>.

Semejante planteamiento se observa en los arts. 259 y 261 del CP, ya que en ambos supuestos es necesario tener presente el procedimiento concursal para aplicar ambos tipos. En el primer caso se han planteado desde un principio problemas de adaptación entre el tipo penal y el procedimiento concursal. La redacción dada al art. 259 del CP antes de la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 15/2003, necesaria para la adaptación del Código a la nueva Ley Concursal, exigía la admisión a trámite de la solicitud del procedimiento de quiebra, concurso de acreedores y suspensión de pagos para la apreciación del delito concursal. Desde un primer momento, la doctrina expuso que tal exigencia presentaba problemas de interpretación, puesto que en el procedimiento de quiebra no existía el trámite de admisión de la solicitud del procedimiento. Contrariamente, la admisión a trámite sí se requería en los casos en los cuales los hechos se encauzasen a través de un expediente de suspensión de pagos, en cuya regulación procesal tal trámite era inexcusable.

Por su parte, el art. 261 del CP se consuma cuando se presenta la solicitud del procedimiento concursal incorporando datos falsos con la intención de que se declare indebidamente el concurso. Debe pues indagarse

⁴² Tradicionalmente, jurisprudencia y doctrina calificaban a esta exigencia como una condición de procedibilidad o requisito de perseguibilidad. Puede verse, por ejemplo, la STS 25 de febrero de 1995. Sin embargo, se ha operado en los últimos años un cambio de orientación, de forma que se ha optado por entender que constituye una condición objetiva de punibilidad. Vid. NIETO MARTÍN, A., "Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal", cit., marg. 770 o GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., "Ley Concursal e insolvencia punible", en *Libro Homenaje al Profesor DR. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Elcano 2005, p. 1453. Asimismo, y respecto de los delitos de insolvencia en el ordenamiento jurídico italiano, puede verse NUVOLONE, P., *Il Diritto Penale del Fallimento*, Giuffrè, Milano 1955, pp. 12 y 32.

⁴³ Cfr. NARVÁEZ BERMEJO, M-A., "La autonomía del Derecho penal y del Derecho mercantil en el nuevo delito de insolvencia punible del art. 260 del nuevo Código Penal", cit., marg. 653. Dice el autor que los juicios de culpabilidad realizados en sede civil sobre la calificación de la quiebra no trascienden ya a la esfera penal, cuya soberanía queda resaltada en el art. 260. 4º del CP.

en la legislación mercantil para fijar qué documentos se han de incorporar a la solicitud y los efectos que provoca la admisión de la misma.

Para concluir, debe apuntarse que con la aprobación de la tan esperada Ley Concursal⁴⁴ nada se ha variado respecto del contenido material de los tipos penales. Las adaptaciones de la ley penal a la nueva regulación concursal han sido únicamente terminológicas, pasando a sustituirse los vocablos <<quiebra, concurso de acreedores y suspensión de pagos>> por el ahora unificador término <<procedimiento concursal>> o <<concurso>>. Asimismo se cambia la denominación de <<órganos>> por la de <<administradores>>⁴⁵.

Esta invariabilidad de los delitos de insolvencia punible ha sido criticada por la doctrina penal. Así, desde la entrada en vigor del Código de 1995 se había sugerido por la mayoría de los autores la eliminación del delito conocido comúnmente como <<delito de quiebra>> o <<insolvencia fraudulenta>>, debido a los efectos perturbadores que provocaba, y sigue provocando, en sus relaciones concursales con el delito de alzamiento de bienes. Tanto es así que los Anteproyectos⁴⁶ que precedieron a la Ley 22/2003 sí preveían la modificación del Código Penal y la supresión del art. 260. Varias han podido

⁴⁴ La Ley 22/2003, de 9 de julio, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de septiembre de 2004 sustituye a la anterior legislación mercantil y civil sobre quiebra, suspensión de pagos y concurso de acreedores. La nueva Ley supone una profunda reforma en esta materia al prever un procedimiento único para el tratamiento de las situaciones de insolvencia, e introduce como novedad la creación de los juzgados de lo mercantil. Se soluciona así la dispersión de normas relativas al tratamiento de la insolvencia, proporcionándose un tratamiento unitario y único a todas sus manifestaciones. Debido a las modificaciones operadas por la Ley Concursal, se ha dado una nueva redacción a los artículos referidos a las insolvencias punibles en el Código Penal mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Debe apuntarse, que si bien esta última norma entró en vigor el 1 de octubre de 2004, la reforma de los arts. 259, 260 y 261 del CP se adelantó al 1 de septiembre de 2004, fecha a partir de la cual tiene vigencia la Ley 22/2003. Vid al respecto la Disposición Final Quinta de la Ley 15/2003.

⁴⁵ Vid. **GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L.**, “Ley Concursal e insolvencia punible”, cit., p. 1440. Del mismo autor véase también “Los delitos contra el patrimonio en la reforma penal de 2003”, en *Las últimas reformas penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 226.

⁴⁶ Puede verse la previsión de la supresión del delito y sus razones en la Exposición de Motivos de la Propuesta de modificación del Código Penal, que acompañaba a la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995. Dicha Exposición fue elaborada por la Comisión General de Codificación, concluida el 12 de diciembre de 1995 y publicada el 15 de febrero de 1996. Semejante solución despenalizadora se mantenía en el Anteproyecto de ley orgánica para la reforma concursal, que fue elaborado por la Sección especial para la reforma concursal de la Comisión General de Codificación en septiembre de 2001 por la que se modificaban la LOPJ y el Código Penal. Posteriormente, y en contra de lo planteado hasta el momento, el texto definitivo mantiene el delito y no proporciona motivo alguno para justificar su mantenimiento.

ser las posibles razones que llevaron al legislador a optar por el mantenimiento de esta figura delictiva. Entre ellas puede destacarse la existencia en muchos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno de delitos semejantes, así como el hecho de que actualmente se haya iniciado un proceso de armonización de la legislación penal a nivel europeo. No sería por tanto lógico que un delito como el del art. 260 desapareciera del Código Penal Español y que luego se prevea uno semejante en el catálogo de los eurodelitos⁴⁷. Asimismo, sería también incoherente mantener los restantes delitos concursales de los arts. 259 y 261, cuya supresión no se barajó.

Con todo, esta decisión presupone una falta de consonancia con el espíritu despenalizador que caracteriza a la Ley Concursal y, a la vez, nada positivo aporta, pues, tal y como venía sucediendo hasta la fecha, el delito del art. 260 en raras ocasiones se aplica. En conclusión, puede decirse que la experiencia demuestra que este delito ha sido siempre y será en un futuro prácticamente inoperante⁴⁸.

Éstas son las novedades más destacadas que se han efectuado respecto de los delitos de insolvencia punible, de forma que, a modo de resumen, se puede afirmar que cinco son los artículos -257 a 261 ambos inclusive- que tipifican los comportamientos más graves en torno a la insolvencia. En los cinco artículos citados pueden, a su vez, identificarse seis conductas delictivas: el alzamiento genérico -art. 257.1. 1º-, dos alzamientos específicos -art. 257.1.2º y 258- y los delitos concursales, a saber, el favorecimiento de acreedores -art. 259-, la insolvencia fraudulenta -art. 260- y la falsedad contable en procedimiento concursal -art. 261-⁴⁹. Como puede observarse, se

⁴⁷ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 105.

⁴⁸ Vid. **CUGAT MAURI, M.**, “El impacto de la nueva Ley Concursal en el delito de quiebra”, en *La Ley*, nº 5932, 2004, p. 2.

⁴⁹ El esquema que se plantea es el mayoritariamente seguido por la doctrina. Así puede verse, por ejemplo, **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, “Las insolvencias punibles en las sociedades mercantiles”, cit., p. 84 o **BENEYTEZ MERINO, L.**, en *Curso de Derecho Penal Económico*, BACIGALUPO ZAPATER, E., (Ed), Marcial Pons, Madrid 2005, p. 236. Este último autor agrupa los diferentes tipos en dos categorías, esto es, <<delitos de insolvencia en relaciones obligaciones individualizadas>> y <<delitos de insolvencia con pluralidad de acreedores>>. En la primera se incluirían los diversos delitos de alzamiento de bienes y en la segunda los delitos concursales. Ello no significa que no existan autores que propongan una visión diferente. En este sentido, NIETO MARTÍN plantea un esquema dividido en tres tipos de delitos. Por un lado, estaría el delito de alzamiento de bienes del art. 257 .1 del CP, que vendría a tutelar el derecho de crédito como bien jurídico individual y estrictamente patrimonial. Por el otro, el legislador habría tipificado varios tipos especiales que también tutelan el derecho de crédito, pero mediante la obstaculización de procesos de ejecución singulares o universales Y, finalmente, el delito del art. 260 del CP

utiliza la nomenclatura <<delitos concursales>> o <<delito concursal>> para hacer referencia a todos los delitos de insolvencia que se contextualizan en un procedimiento concursal, esto es, los tradicionalmente conocidos procedimiento de quiebra, suspensión de pagos y concurso de acreedores

Llegados a este punto, y habiendo ya anticipado qué tipo de delitos se pretende examinar, corresponde ahora analizar con detenimiento los aspectos expuestos. Por razones de metodología parece adecuado dedicar una primera parte de este trabajo a analizar los aspectos generales más sobresalientes de estos delitos. El punto de partida se fija en la problemática suscitada en torno al Título XIII del Código Penal de 1995, cuya rúbrica, tal y como ya se adelantó en su momento, ha sido uno de los grandes temas sometidos a debate en la doctrina penal. Al hilo de esta particular cuestión se ha optado por llevar a cabo un estudio del Derecho penal económico que tanta bibliografía ha generado en los últimos años y tantas opiniones diversas ha provocado. Seguidamente, y estrechamente relacionada con esta problemática, se analizará específicamente la cuestión del bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia. Como se podrá comprobar, el interés tutelado es el criterio manejado en este trabajo para defender la naturaleza predominantemente socioeconómica de los delitos de insolvencia.

En el Capítulo Tercero se lleva a cabo un detenido estudio sobre el complejo concepto de la insolvencia. Este Capítulo pretende dar una visión de qué ha de englobarse en el concepto de insolvencia tanto desde la perspectiva penal como desde los sectores del Derecho mercantil y civil. Como en su momento sentenció LA MONICA, <<los estudiosos de la disciplina penal de los delitos de insolvencia deben serlo también de otros sectores del Derecho y, en especial, del Derecho mercantil>>⁵⁰. Basta tener presente la intitulación bajo la cual el legislador ha agrupado los delitos de alzamiento de bienes y concursales para justificar la decisión de dedicar un Capítulo específico al tan complejo concepto de insolvencia.

Puede decirse que este Capítulo Tercero cierra esta parte general de los delitos de insolvencia y da paso a lo que podría concebirse como una parte especial dedicada al análisis concreto de los tipos penales. Como se desprende de la lectura del índice de este trabajo no se entra a analizar todos y cada uno

conformaría el tercer grupo, que se caracterizaría como un delito tendente a la protección del bien jurídico supraindividual, esto es, el sistema crediticio. Vid. NIETO MARTIN, A., “Las insolvencias punibles en el Nuevo Código Penal”, cit., marg. 770 a 774.

⁵⁰ Cfr. LA MONICA, M., en *Compendi Giuridici. Diritto Fallimentare*, LO CASCIO, G., (Coord), Ipsoa, 1996, p. 1074.

de los tipos de insolvencia. Así, sólo serán comentados los aspectos específicos relativos a los delitos de alzamiento de bienes.

Así pues, la parte especial se inicia con el estudio del tipo básico de alzamiento de bienes y se cierra con un Capítulo Quinto que se ocupa de los tipos específicos. Este último Capítulo pretende poner de manifiesto cuáles son los rasgos más característicos de los tipos específicos que los convierten precisamente en figuras adicionales al tipo básico.

Con todo, a lo largo de todo el trabajo se hará referencia a los delitos concursales en aquellas cuestiones cuya mención devenga oportuna. Aunque se trata de delitos diferentes a los delitos de alzamiento, no dejan de formar parte de un todo, esto es, todos son delitos de insolvencia. En este sentido, por ejemplo, para la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia es inevitable efectuar ciertas matizaciones tanto en los delitos del alzamiento de bienes como en los tipos concursales. Asimismo, y ya en sede de parte especial, resulta útil recurrir a los delitos concursales para entender ciertos aspectos de los delitos de alzamiento de bienes. Puede citarse a este respecto el hecho de que la conducta de favorecimiento de acreedores aparece tipificada en el marco del procedimiento concursal, a la vez que debe ser tratada en el delito de alzamiento de bienes como una posible conducta constitutiva de éste. Al mismo tiempo, cuando el legislador aborda el tema de la perseguibilidad del delito de alzamiento de bienes, aclara que el inicio de la ejecución concursal no interrumpe el procedimiento penal ya iniciado por la insolvencia punible.

CAPÍTULO PRIMERO

LA RÚBRICA DEL TÍTULO XIII DEL CÓDIGO PENAL: “DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO”.

I. Consideraciones generales.

Como se adelantó en la introducción, a partir de la inclusión en el Código Penal de 1995 de la rúbrica “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, se han suscitado dudas a la hora de diferenciar cuándo se está en presencia de delitos socioeconómicos y cuándo ante delitos patrimoniales. La distinción entre unos y otros se torna más compleja precisamente en determinadas figuras delictivas como las insolvencias punibles, de las cuales, al participar de ambas naturalezas - socioeconómica y patrimonial-, se suele decir que se encuentran <<acaballadas en una zona de intersección entre los delitos patrimoniales y los delitos socioeconómicos>>⁵¹.

Para comprender la importancia de la creación del actual Título XIII es preciso remontarse a la vigencia del Código Penal de 1973 y a los posteriores proyectos de Código Penal que finalmente llevaron a la redacción del Código actual de 1995. Comenzando por el primero de los textos legales citados, en el Código Penal de 1973 se reunía toda una serie de delitos, entre ellos las conductas de insolvencia punible, bajo la intitulación “Delitos contra la propiedad”. Sin embargo, y a diferencia del Código actualmente vigente, se desconocía la categoría de los delitos socioeconómicos, al menos en el sentido de categoría autónoma o conjunto de figuras delictivas agrupadas alrededor de

⁵¹ Cfr. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 793.

un factor común. Bajo la desfasada e inadecuada rúbrica “Delitos contra la propiedad”⁵², el Título XIII acopiaba los clásicos delitos patrimoniales, tales como el robo, el hurto o la receptación, incluyéndose dentro del Capítulo IV, dedicado a las defraudaciones, los delitos de “alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punible”. Con la entrada en vigor del nuevo Código Penal se materializa un cambio de notoria importancia. Los delitos de insolvencia se escinden del Capítulo de las defraudaciones y se crea un capítulo autónomo y propio para estos delitos⁵³. De esta forma, se depura la equívoca nomenclatura utilizada por el Código de 1973, sustituyéndola por la mucho más gráfica y exacta de “De las insolvencias punibles”. En este sentido, la

⁵² Vid. de esta opinión **QUINTANO RIPOLLÉS, A.**, *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1966, p. 919. En este estudio sobre el Código Penal de 1973, el autor analiza la problemática del Título XIII, y afirma que <<al emplear el sustantivo *propiedad* se incurre en una notoria inexactitud terminológica. Ni es la propiedad, en el sentido civil del término, el bien jurídico que se viola, ni siquiera el que primordialmente se asegura por vía penal>>. De la misma opinión **ZUGALDÍA ESPINAR**, para quien la rúbrica utilizada por el Código Penal no es adecuada para recoger la mayoría de las infracciones que se aglutinan bajo la misma. En este sentido, no sería una rúbrica válida porque la gran mayoría de estas infracciones no requieren la violación del derecho de propiedad, sino la vulneración de la posesión y otros derechos reales y obligacionales. Y, si bien, el citado autor, critica este aspecto, no está tampoco de acuerdo con la eliminación total del término “Delitos contra la propiedad” y su sustitución por este otro de “Delitos contra el patrimonio”. En este sentido, a su entender, los delitos contra la propiedad no deberían tipificarse bajo la rúbrica de <<Delitos contra el patrimonio>>. Si lo que se pretendía era tipificar conjuntamente ambos tipos de delitos, lo más acertado habría sido crear la rúbrica <<Delitos contra la propiedad y el patrimonio>>. La base de su crítica se encuentra en que los delitos contra la propiedad no exigen la causación de un perjuicio en el patrimonio de la víctima frente a los delitos contra el patrimonio que sí lo exigen. Al mismo tiempo, el autor duda de la necesidad de la creación de un título referido a los delitos socioeconómicos, y afirma que el legislador penal de 1995 se ha dejado llevar por el esnobismo, es decir, por la aparente necesidad de referirse en el Código Penal a algo que, por lo menos, suene a delitos económicos. Vid. **ZUGALDÍA ESPINAR, J-M.**, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal Iure, Madrid 1988, pp. 11y ss y, del mismo autor, “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ASÚA BATARRITA, A., (Ed), Servicio Editorial del País Vasco, 1996, pp 133 y 134.

⁵³ La doctrina dominante califica como acertada dicha escisión. Vid. por todos en la doctrina española a **JAÉN VALLEJO, M.**, “Las insolvencias punibles”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 58, Madrid 1996, p. 31. Por su parte, el autor italiano **CONTI** apunta que los delitos de insolvencia punible se caracterizan por constituir conductas en las que el sujeto activo actúa sobre sus propios bienes y nunca sobre los ajenos. Este rasgo definitorio es dato suficiente para escindir a estas figuras del grupo de los delitos de defraudación, delitos en los que la conducta se realiza sobre bienes ajenos. Vid. **CONTI, L.**, *I Reati Fallimentari*, cit., p. 93. No obstante, es posible encontrar opiniones diferentes. Véase, como ejemplo, **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 7. Considera el citado autor que el encuadre de las insolvencias punibles en el Capítulo de las defraudaciones es acertado, pues aunque el engaño no es el elemento definidor de los tipos de insolvencia, éste se encuentra presente al quebrantarse la buena fe y la confianza que los acreedores tenían en el deudor.

rúbrica anteriormente empleada por el legislador daba a entender que eran cuatro las modalidades posibles tipificadas -alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia-. Lejos de ser así, acontece que la insolvencia es el género frente a los tipos de alzamiento de bienes y los delitos concursales, que no son sino simples especies del mismo⁵⁴.

Con todo, y a pesar de que es a partir del actual Código cuando la categoría de los delitos socioeconómicos aparece reconocida como autónoma, fue con el del Proyecto de Código Penal de 1980 cuando se propuso la creación expresa de un título propio para estos tipos penales⁵⁵. Así, el en aquel entonces novedoso Título VIII - “Delitos contra el orden socioeconómico”- se recogía un amplio catálogo de los tipos penales que debían considerarse como delitos socioeconómicos. Ha de destacarse que entre ellos se incluían los delitos de insolvencia punible, ubicados concretamente en el Capítulo I de este Título VIII.

El mismo sistema de dualidad de títulos fue seguido en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, aunque se ofrecía, eso sí, una versión más depurada de lo que debía considerarse delito socioeconómico. En esta versión restringida del catálogo de delitos socioeconómicos, los delitos de insolvencia punible aparecían situados no en el Título dedicado a los delitos socioeconómicos, sino en el referente a los delitos contra el patrimonio. Puede observarse, pues, como desde los primeros intentos de sistematización de los delitos patrimoniales y socioeconómicos, el legislador penal se ha mostrado vacilante a la hora de situar las insolvencias en uno u otro grupo. De esta forma, los delitos de insolvencia punible se convierten en el centro de la

⁵⁴ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 12. También puede verse **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 34, **SOTO VÁZQUEZ, R.**, *Quiebras y concurso de acreedores. Las situaciones de insolvencia y la responsabilidad penal del deudor*, Comares, Granada 1994, p. 385, Vid. **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 6 o **RODRIGUEZ DEvesa, J-M./ SERRANO GÓMEZ, A.**, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid 1994, p. 483.

⁵⁵ El Proyecto de 1980 supuso, como expone BAJO FERNÁNDEZ, una conmoción social y política en el país. Precisamente, los temores y recelos hacia un Derecho penal que entorpeciese la actividad económica impidieron que el Proyecto se convirtiese en ley. Sin embargo, la realidad es otra bien distinta. En este sentido, el Derecho penal económico no restringe o dificulta el funcionamiento de la economía de mercado sino que la protege, dando cobertura justamente a los principios básicos que han de servir al correcto funcionamiento de la misma, tal es la competencia leal. Vid. más extensamente **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político -criminales”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann*, Estudios jurídicos, Madrid 1995, pp. 63 y ss.

polémica en torno a lo que debe entenderse por patrimonial y por socioeconómico.

Ulteriormente, el Proyecto de 1992 presentó como novedad la refundición en un único título de los delitos patrimoniales y socioeconómicos, a la vez que mantuvo un enfoque restringido respecto de lo que ha de concebirse por estos últimos. Se recogían de un lado los delitos patrimoniales clásicos y de otro los novedosos delitos socioeconómicos -v. gr. los delitos societarios o los delitos contra los trabajadores-. El punto de inflexión vendría marcado por el Capítulo XI, pues en él se establecían las disposiciones comunes aplicables únicamente a los capítulos precedentes al mismo.

La razón de la unificación en un único título de unos y otros delitos, respondía a una idea explicada extensamente en la Exposición de Motivos del propio Proyecto. En ella se sostenía de forma expresa que la separación clara y precisa de los delitos patrimoniales y los delitos socioeconómicos no era del todo imprescindible⁵⁶. Los redactores del citado texto se decantaban por entender que, junto a los delitos patrimoniales clásicos, y a los que se ha convenido en denominar delitos socioeconómicos, se presenta una categoría de tipos penales de <<carácter mixto patrimonial>>. El conjunto de delitos incluidos en esta categoría intermedia no afectarían de forma exclusiva ni al orden socioeconómico, ni a la dimensión patrimonial individual⁵⁷. En esta última categoría mixta se incardinarían los delitos de insolvencia punible o los delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas⁵⁸.

Posteriormente, el Proyecto de 1994, que sirvió de base al Código Penal actualmente vigente, mantuvo la unificación de los delitos patrimoniales y los socioeconómicos. Tal unificación ha sido desde entonces objeto de discusión por parte de la doctrina, y han sido numerosos los intentos de proporcionar

⁵⁶ Vid. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid 1992, pp.31 y 32. Se indica que con el paso del tiempo se ha ido perfilando el significado de los términos <<patrimonial>> y <<económico>>, identificando lo <<patrimonial>> con lo <<estrictamente individual>>, y lo <<económico>> con el <<interés general>>. Ahora bien, como explica el propio texto, tal diferenciación por tajante es equivocada. Textualmente aclara que <<entre los delitos patrimoniales tradicionales (...) existen algunos en los que simultáneamente se atacan intereses patrimoniales individuales y ofenden bienes jurídicos de dimensión superior a lo meramente individual>>.

⁵⁷ Vid. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, cit., p. 31. En la Exposición de Motivos se distingue entre los delitos que <<genuinamente>> tienen el carácter de agresión contra el orden socioeconómico y aquellos que, aunque también suponen un ataque para el mismo, tienen sin embargo un carácter mixto por no circunscribirse su esfera de ataque ni al campo de lo patrimonial, ni a la protección del orden socioeconómico.

⁵⁸ Cfr. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, cit., p. 31.

una clasificación sistemática del Título XIII del Código Penal actual. Desde el momento en que los delitos socioeconómicos fueron recogidos en la legislación penal, la doctrina y jurisprudencia han pretendido definir los contornos de tal categoría, contornos a veces difuminados en determinados supuestos como el de los tipos relativos a la insolvencia punible.

Finalmente, tal y como se ha expuesto en el epígrafe introductorio, el Código Penal de 1995 efectúa, en lo que respecta a los delitos de insolvencia, modificaciones importantes. Sirva como ejemplo, la creación de tipos delictivos antes desconocidos como art. 259 del CP relativo al <<favorecimiento de acreedores>> en un procedimiento concursal. También la aprobación de la tan esperada nueva Ley Concursal, 22/2003 de 9 de julio, ha supuesto el cambio de determinados elementos normativos de los tipos penales. Basta citar, por ejemplo, la inclusión del concepto de insolvencia inminente. Concretamente, fue la Ley 15/2003 de 25 de Noviembre, por la que se modifica el Código Penal de 1995 y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de septiembre de 2004, la que llevo a cabo los cambios pertinentes para la adaptación de los tipos penales -art. 259, 260 y 261- a la novedosa normativa concursal. No obstante, como ya se expuso anteriormente, la adaptación ha sido meramente terminológica. Así pues, permanecen los mismos tipos penales aunque se sustituyen los vocablos quiebra, suspensión de pagos y concurso de acreedores por el unitario término de <<concurso>>. Este hecho no implica que esta nueva Ley no deba de ser analizada en determinados aspectos tanto materiales como procesales. Tal y como sucedía con la normativa anterior mercantil y civil, es inevitable, a tenor del dictado de los tipos, remitirse a la misma para la interpretación de los delitos de insolvencia punible⁵⁹.

II. Los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: conceptos básicos.

II. 1- Concepto de patrimonio y delitos patrimoniales.

Resulta evidente que, cuando se pretende realizar un estudio acerca de los delitos patrimoniales, el concepto patrimonio se manifiesta como el primero de los términos necesitados de análisis.

⁵⁹ Vid. *infra*. el epígrafe II. 2 del Capítulo Tercero.

La premisa básica desde la que iniciar este estudio es aquella por la que se propugna que el concepto de patrimonio manejado por el Derecho penal es autónomo y diferente al que se utiliza en el Derecho civil⁶⁰. La principal razón a la que responde este hecho es el desacuerdo existente en la doctrina civilista en cuanto a lo que deba entenderse por patrimonio⁶¹.

Situados en el marco del Derecho penal tres han sido hasta tiempos recientes las más destacadas concepciones del patrimonio: la concepción jurídica, la económica y la mixta o jurídico-económica.

La concepción jurídica del patrimonio, actualmente superada, tuvo como principal defensor al alemán BINDING. Para el citado autor, el patrimonio vendría a definirse como <<la suma de los derechos y deberes patrimoniales de una persona>>⁶², dejando patente en todo momento la idea de que el Derecho penal tiene únicamente carácter sancionador. Así entendido, no sería posible articular un concepto de patrimonio diferente al que se maneja en el ámbito del Derecho civil. Partiendo de este concepto jurídico del patrimonio, el perjuicio se concebiría como la pérdida de los derechos del sujeto o en su gravamen con una análoga obligación, sin importar si tal pérdida o gravamen son susceptibles de ser valorados económicamente⁶³. En consecuencia, formarían parte del patrimonio tanto objetos y derechos dotados de valor económico como aquellas cosas que posean un simple valor afectivo⁶⁴.

⁶⁰ Como expone HUERTA TOCILDO, ya apenas se discute el hecho de que <<el Derecho penal es capaz de construir sus propios conceptos, aun cuando éstos tengan su origen en otras ramas del ordenamiento jurídico, lo que conlleva la no necesidad de adoptar un punto de vista encadenado al Derecho civil>>. Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid 1980, p. 30.

⁶¹ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, cit., p. 30. Por su parte, VALLE MUÑIZ analiza la problemática de elaborar un concepto penal autónomo de patrimonio y explica como tanto las teorías que abogan por la utilización del concepto del derecho privado como aquellas que propugnan la autonomía pura <<pecan por apriorísticas>>. A juicio del citado autor, no es viable ni la dependencia total ni la autonomía extrema. El concepto de patrimonio manejado en el Derecho civil puede servir de sustrato al Derecho penal, el cual variará el sentido primitivo dado a dicho concepto según las necesidades político-criminales. Vid. **VALLE MUÑIZ, J-M.**, *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona 1989, p. 75.

⁶² Cfr. **BINDING, K.**, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, Hamburg 1969, p. 238.

⁶³ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, cit., p. 30.

⁶⁴ Las principales consecuencias derivadas de esta concepción jurídica pueden verse resumidamente en **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia 2002, p.116. En contraposición con esta definición suscrita por la doctrina mayoritaria, en Portugal, CAEIRO sostiene una teoría diferente sobre la concepción jurídico civil del patrimonio. Para el

Por su parte, la concepción económica del patrimonio adopta varias definiciones de este término, pero establece siempre como factor aglutinante el valor económico de los elementos que lo conforman. Así, desde esta concepción y en líneas generales, se define el patrimonio como <<la totalidad de bienes dotados de valor económico que están bajo el poder de disposición de una persona>>⁶⁵. Al igual que acontece con la concepción jurídica antes analizada es posible formular ciertas críticas a esta definición del patrimonio. La principal objeción que se sostiene frente a esta tesis es la indeterminación que caracteriza al término <<valor económico>>. Como sostiene la mayoría de la doctrina penal, incluir en la definición de patrimonio dicho término supone dotar al concepto de patrimonio de una amplitud no deseable. En este sentido, si se acepta esta definición de patrimonio, se otorgaría protección incluso a aquel sujeto que posee una cosa de forma antijurídica⁶⁶. A juicio de FIANDACA y MUSCO, sostener esta concepción del patrimonio implicaría aceptar dos consecuencias poco recomendables. Por un lado, se produciría una ruptura con el principio de unidad del ordenamiento jurídico, pues se constataría una extensión de la protección penal a posiciones jurídicas contrarias a otros sectores del ordenamiento. Por el otro, se excluiría del ámbito de la protección penal los objetos que, carentes de valor económico, sí tienen un valor de uso para el sujeto⁶⁷.

Partiendo de las críticas vertidas frente a estos planteamientos, la concepción mixta, o jurídico- económica, se presenta como una alternativa ecléctica que conjuga, como su propio nombre indica, la concepción jurídica y la económica. Desde esta concepción se define el patrimonio como la <<suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico>>⁶⁸. Consecuentemente, se eliminan los

autor, el patrimonio sería el conjunto de relaciones jurídicas -derechos y obligaciones- dotados de valor económico. En este sentido, lo que el autor define como concepción jurídica del patrimonio se corresponde con lo que en el texto se identifica con la teoría mixta o jurídico-económica del patrimonio. Vid. **CAEIRO, P.**, *Sobre a natureza dos crimes falênciais*, cit., pp. 22 y ss.

⁶⁵ Cfr. **MAURACH, R.**, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, Karlsruhe 1969, p. 319.

⁶⁶ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, cit., p. 34. También **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 140.

⁶⁷ Vid. **FIANDACA, G./ MUSCO, E.**, *Diritto Penale. Parte Speciale. Vol. II, Tomo secondo, I delitti contro il patrimonio*, Zanichelli Editore, Bologna 2002, p. 24.

⁶⁸ Cfr. **WELZEL, H.**, *Das Deutsche Strafrecht. Ein Systematische Darstellung*, 11ª ed., Berlin 1969, p. 372. Debe especificarse que la definición expuesta representa el concepto tradicional sostenido por los partidarios de la concepción mixta del patrimonio, que posteriormente ha sido matizada por diversos autores. Una definición semejante es dada por **CRAMER, P.**, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden in Strafrecht*, Berlin-Zurich 1968, p. 100 o **ANTOLISEI, F.**, *Manuale di Diritto Penale. Legge Complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Giuffrè, Milano 2001,

dos problemas antes indicados, esto es, la inclusión en el concepto de patrimonio de los objetos carentes de valor económico y la protección de la posesión antijurídica.

En España esta última concepción del patrimonio es la tesis mayoritariamente asumida por la doctrina penal, y seguida por autores como MUÑOZ CONDE⁶⁹, VIVES ANTÓN⁷⁰ o HUERTA TOCILDO⁷¹. Concretamente, esta última autora añade que los bienes han de ser poseídos en virtud de una relación jurídica protegida y reconocida por el ordenamiento jurídico sin que sea suficiente la mera apariencia jurídica⁷².

Por todo lo dicho, es evidente que según la postura que se adopte, diferentes serán las consecuencias jurídicas que se deriven. Debido a que no todas las concepciones admiten los mismos elementos como partes integrantes del patrimonio, las conclusiones a las que se llega son diversas. Así por ejemplo, para la teoría jurídica del patrimonio no formarían partes integrantes del patrimonio los secretos industriales o la clientela. Contrariamente, para la teoría mixta se incluirían ambos elementos.

p. 49. Para el citado autor, <<il patrimonio (...) viene generalmente definito come il complesso dei rapporti giuridici economicamente valutabili, che fanno capo ad una persona>>.

⁶⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 47.

⁷⁰ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., en *Derecho Penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN, T-S./ ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J-C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L./ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 386. En opinión de los citados autores <<tal concepción implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente valubles y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico>>.

⁷¹ Vid. HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, cit., p. 36. En este mismo sentido se pronuncian FIANDACA y MUSCO respecto de la forma en que debe ser reconocido el derecho patrimonial. A su entender, no basta que la situación patrimonial no esté prohibida por el ordenamiento jurídico sino que debe estar expresamente reconocida. Vid. FIANDACA, G./ MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte Speciale. Vol. II, Tomo secondo, I delitti contro il patrimonio*, cit., p. 25.

⁷² BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO definen el patrimonio como <<las posiciones de poder sobre una cosa, valorables económicamente, que revisten una apariencia jurídica>>. En este caso los autores no requieren el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de la posesión del objeto o el derecho bastando la mera apariencia jurídica. Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO, M., en *Manual de Derecho penal. Delitos patrimoniales y económicos*, BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1993, p. 268. Comparte esta idea en la doctrina civil BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Bercal, Madrid 2002, p. 155.

Finalmente, el análisis del concepto de patrimonio no sería completo si no se hiciera mención de la nueva propuesta del concepto de patrimonio. Dicha propuesta se conoce como la <<concepción personal y funcional del patrimonio>>, y viene a añadirse a las concepciones patrimoniales tradicionalmente seguidas y ya expuestas.

El denominador común y rasgo particular que caracteriza a las diferentes versiones de esta nueva concepción es la idea de que el patrimonio posee la función de servir al desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad⁷³. Esta premisa básica de unión entre sujeto y patrimonio es manejada también en el Derecho civil. La regulación del patrimonio, basada en la protección de la persona y salvaguarda de su dignidad y libertad, exigen el reconocimiento de un determinado ámbito de poder económico⁷⁴. Se pone pues el acento no en el valor económico de los objetos o derechos que el sujeto posee, sino en el potencial económico que el objeto proporciona al sujeto⁷⁵. La voluntad d este último y las finalidades que pretende alcanzar con los objetos y derechos que posee adquieren relevancia más allá del valor económico que efectivamente posean los objetos y los derechos⁷⁶.

Y, para completar el análisis del concepto de patrimonio en el ámbito del Derecho penal, es necesario detenerse en la distinción entre los <<delitos contra la propiedad>> y los <<delitos contra el patrimonio>>⁷⁷. Siguiendo la opinión de la doctrina mayoritaria, en el caso de los delitos contra la propiedad, la conducta delictiva implica un ataque contra elementos concretos del patrimonio, tales como el derecho de propiedad, la posesión o los derechos de crédito. Por el contrario, cuando se trata de definir los delitos

⁷³ Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 117. Sin embargo, la idea de que el patrimonio pueda verse como una *universitas iuris* no es compartida por toda la doctrina. Puede verse en este sentido **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, en *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 387.

⁷⁴ Cfr. **DÍEZ-PICAZO, L.**, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I*, Civitas, Madrid 1996, p. 39.

⁷⁵ Vid. **RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.**, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, MacGrawHill, Madrid 1997, p. 144. Para la autora <<lo relevante no es la titularidad formal de los derechos o la detentación formal de posiciones económicas sino lo que el titular puede efectivamente hacer con ellos, el ámbito de poder económico que le otorgan>>.

⁷⁶ Vid. **DE LA MATA BARRANCO, N-J.**, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, PPU, Barcelona 1994, p. 68. Textualmente dice <<el concepto de patrimonio ha de tener en cuenta una serie de aspectos patrimoniales no exclusivamente económicos y en relación directa con el hecho de que el patrimonio es el conjunto de bienes atribuidos a una persona y en ello dependientes de ésta, que puede utilizarlos con los únicos límites legalmente establecidos>>.

⁷⁷ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO, M.**, en *Manual de Derecho penal. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 34.

contra el patrimonio, la opinión doctrinal es divergente y es posible encontrar dos propuestas diferentes. Así, para un sector de la doctrina los delitos contra el patrimonio, o delitos patrimoniales en sentido estricto, serían tipos penales que atacan al patrimonio en su totalidad⁷⁸. El patrimonio es visto como *universitas iuris*⁷⁹. Para el otro sector doctrinal, no es posible hablar de ataques al patrimonio entendido como un todo, sino agresiones dirigidas a elementos integrantes del patrimonio, aunque sin concretarse dicha agresión en uno determinado⁸⁰. Se asuma una u otra tesis sobre el concepto de delito patrimonial, pueden utilizarse como ejemplos de delito contra la propiedad y delito patrimonial los tipos penales de robo y de estafa. Así, el primero se suele incluir en la categoría de los delitos contra la propiedad⁸¹, mientras que la estafa se viene identificando comúnmente como un delito contra el patrimonio⁸².

De todo lo anterior cabe concluir, por tanto, que los delitos patrimoniales son aquellos que lesionan valores patrimoniales⁸³. El análisis de cada uno de los tipos permite identificar el bien jurídico protegido en cada uno de ellos y, partiendo del interés que se protege, incluirlos o no en la categoría de los delitos patrimoniales. Con todo, no es extraño encontrar delitos cuyo bien jurídico, a pesar de ser identificado como un valor patrimonial o elemento del patrimonio, no se clasifique como delito patrimonial, sino socioeconómico. Ejemplo de este fenómeno sería, como se verá más detalladamente, el caso de los delitos de insolvencia punible. El bien jurídico protegido en estos tipos penales no es otro que «el derecho de crédito a favor de un acreedor». Sin embargo, ello no implica su caracterización *a priori* como delito patrimonial, sino que razonadamente pueden incluirse dentro de la categoría de los delitos socioeconómicos. Las

⁷⁸ Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 39.

⁷⁹ Vid. por todos **VALLE MUÑÍZ, J-M**, *El delito de estafa*, cit., pp. 88 y 89.

⁸⁰ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 2007, p. 366.

⁸¹ Debe decirse, sin embargo, que la cuestión acerca del bien jurídico en el delito de robo no es pacífica en la doctrina. Mientras que para un sector doctrinal el bien jurídico sería la posesión para otros lo sería la propiedad. De la primera opinión puede verse **MUÑOZ CONDE, F.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 385. Como partidarios de la segunda opción véase **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, en *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 397.

⁸² Vid. **CHOCLÁN MONTALVO, J-A.**, *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, p. 35. Sin embargo, para quienes el patrimonio no puede constituir un todo susceptible de ataque, no es el patrimonio el bien jurídico, sino siempre un elemento integrante del mismo. Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, en *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 499.

⁸³ Cfr. **BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO, M.**, en *Manual de Derecho penal. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 35.

bases de esta afirmación se resumen en que un estudio más pormenorizado del bien jurídico mostrará que si bien, partiendo del interés protegido en sentido técnico, los delitos de insolvencia son básicamente delitos patrimoniales, desde la perspectiva del bien jurídico mediato es posible incluirlos en la categoría de los delitos socioeconómicos. Se une además a esta argumentación el hecho de que el art. 257. 2 incluya en el ámbito de aplicación del delito de alzamiento de bienes tanto el crédito público como privado. Profundizar ahora en estas cuestiones no resulta del todo propicio, ya que en epígrafes posteriores se analizarán con mayor rigor estas premisas. Sirva entonces lo dicho como adelanto a lo que será el estudio de los delitos de insolvencia como delitos socioeconómicos en sentido amplio o impropio⁸⁴.

II. 2- Concepto de Derecho penal económico, orden socioeconómico y delitos contra el orden socioeconómico⁸⁵.

Como expone GRACIA⁸⁶, y tal y como se deduce del recorrido histórico de los proyectos y anteproyectos que han precedido al Código actualmente vigente, hasta la aprobación de este último texto legal el Derecho penal económico se identificaba más como una propuesta de *lege ferenda* que como una realidad tangible. No será hasta ese momento cuando existan razones suficientes para empezar a hablar de un verdadero Derecho penal económico. En este sentido, aunque es cierto que ya en el Código Penal de 1973 se habían introducido algunos tipos penales merecedores de ser calificados como tal, es en el Código de 1995 cuando dicho sector del Derecho penal adquiere real importancia. Ha de destacarse además que, a diferencia de lo que sucede en otros países europeos como Alemania e Italia, los delitos económicos se encuentran concentrados en el Código Penal y no en leyes especiales⁸⁷.

⁸⁴ Vid. *infra*. el epígrafe III. 1 del Capítulo Segundo.

⁸⁵ A lo largo de este trabajo se aludirá reiteradamente a los conceptos de orden socioeconómico y orden económico, así como a los delitos económicos y delitos socioeconómicos. En ambos casos los términos son considerados conceptos sinónimos, por lo que dichas nomenclaturas se utilizan indistintamente con idéntico significado.

⁸⁶ Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo blanch, Valencia 2003, p. 35. Del mismo autor véase también “¿Qué es la modernización del Derecho penal?”, en *La ciencia del Derecho penal en el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Doc. Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid 2002, p. 350.

⁸⁷ Pueden verse los argumentos a favor y en contra de la tipificación de estos delitos en el propio Código Penal o su ubicación en leyes especiales en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia 2007, pp. 142 y ss. Debe

Desde la introducción de estos delitos en el Código Penal, la doctrina se ha preocupado por determinar el contenido de los conceptos de Derecho penal económico y delito económico. Para ello, es preciso, a su vez, detenerse en el significado del término <<orden económico>>. Así, y según el criterio mayoritario de la doctrina especializada, el concepto de orden económico se define como <<el conjunto de las directrices básicas con arreglo a las cuales, en un momento histórico dado, se asientan la estructura y el sistema económico de una sociedad>>⁸⁸. En este sentido, el establecimiento en una sociedad de un determinado modelo económico implica necesariamente la existencia de unos principios básicos que han de ser respetados para la supervivencia del propio sistema. Dichos principios están presentes en todos los sectores del ordenamiento jurídico, incluido claro está el Derecho penal. A éste último le corresponde velar por el mantenimiento de los principios inspiradores de la economía frente a los ataques más graves que puedan sufrir. Sólo cuando los restantes mecanismos correctores del ordenamiento jurídico hayan resultado ineficaces, es posible tutelar el orden económico mediante el Derecho penal.

En definitiva, puede decirse que los delitos cuya razón de ser es la protección de estos principios rectores constituyen lo que se ha convenido en denominar Derecho penal económico. Como apunta BAJO FERNÁNDEZ, y a cuya opinión se adhiere la doctrina mayoritaria, el Derecho penal económico se identifica con <<el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico>>⁸⁹. Y si bien existe un amplio consenso doctrinal sobre la validez de esta definición, esa misma doctrina coincide en la idea de que la definición dada es excesivamente amplia. De ahí, que en el ámbito del Derecho penal se distingan, a su vez, los conceptos de Derecho penal económico en sentido estricto y en sentido amplio. Como se verá, ambas categorías son complementarias y necesarias para concretar el contenido del concepto de Derecho penal económico.

indicarse que a pesar de que en la legislación española actual se ha optado por su inclusión de estos delitos en el propio Código, existen paralelamente delitos económicos tipificados en leyes especiales. Así acontece con los <<delitos monetarios>> recogidos en la Ley 40/ 1949, de 10 de diciembre, sobre <<El Régimen jurídico de Control de Cambios>>, hoy modificada por la LO 10/ 1983, de 16 de agosto, y los <<delitos de contrabando>> a los que se refiere la LO 12/ 1995, de 12 de diciembre, de <<Represión del contrabando>>.

⁸⁸ Cfr. **DÍEZ-PICAZO, L.**, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I*, cit., p. 43.

⁸⁹ Cfr. **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid 1978, p. 36. Asimismo, véase **DE FIGUEIREDO DIAS, J./ DA COSTA ANDRADE, M.**, “Problemática geral das infracções contra a economia nacional”, en *Temas de Direito Penal Económico*, PODVAL, R., (Dir), Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2000, p. 86.

Comenzando por el Derecho penal económico en sentido estricto, este se define como <<el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía>>⁹⁰. Y si antes se señaló la necesidad de concretar el significado del concepto de Derecho penal económico debido a su amplitud, con este nuevo término sucede todo lo contrario, es decir, es excesivamente restrictivo. Como exponen CERVINI/ ADRIASOLA, esta definición reduce excesivamente los límites del Derecho penal económico y, colateralmente, lleva implícita la caracterización de este Derecho como un Derecho penal de emergencia, utilizado para reforzar políticas estatales⁹¹. Es necesario por tanto, tal y como se ha adelantado, establecer una segunda categoría de Derecho penal económico que englobe otro tipo de normas y delitos. Esta segunda categoría, conocida como Derecho penal económico en sentido amplio, es concebida como <<el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios>>⁹².

Como se deduce de las definiciones dadas, la actividad económica y el orden económico son los conceptos básicos desde los que se parte para la creación de los delitos socioeconómicos. Como sostiene OTTO, <<son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico>>⁹³. Sin

⁹⁰ Cfr. **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit., p. 40.

⁹¹ Vid. **CERVINI, R./ ADRIASOLA, G.**, *El Derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, B de F, Buenos Aires 2005, p. 57. En un primer momento, los citados autores parecen adherirse a la misma definición de Derecho penal económico en sentido estricto y amplio que sostiene la doctrina mayoritaria. No obstante, por la forma en que éstos se expresan, más bien parece que, a su entender, el Derecho penal económico en sentido estricto se ha diluido en el Derecho penal económico en sentido amplio. A su juicio, el Derecho penal económico en sentido estricto sería el punto de partida desde el que el Derecho penal económico se expandiría. Así entendido, no coexistirían simultáneamente las categorías de Derecho penal económico en sentido estricto y amplio, sino que esta última englobaría a la primera como resultado de la evolución de este sector del Derecho penal. De esta forma se explicaría que los autores incluyesen en la categoría de los delitos económicos en sentido amplio a los tipos fiscales, los cuales representan el paradigma de delitos económicos en sentido estricto. Sucede además que si bien se ofrecen ejemplos de lo que ha de entenderse como delito económico en sentido amplio, no se hace lo mismo con los delitos económicos en sentido estricto. Vid. concretamente **CERVINI, R./ ADRIASOLA, G.**, *El Derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, cit., pp. 71 y 72.

⁹² Cfr. **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit., p. 43.

⁹³ Cfr. **OTTO, H.**, “Reschsgutbegriff und Deliktbestand”, en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Carl H. Verlag, Köln 1971, p. 72.

embargo, y debido a la ambigüedad que el término orden socioeconómico encierra, se ha llegado a la conclusión de que tal concepto no es susceptible de ser considerado un verdadero bien jurídico protegido, o al menos no en sentido técnico. Por ello, el bien jurídico protegido en cada uno de los delitos socioeconómicos debe concretarse en un aspecto específico de este orden económico. Es más, ni siquiera cuando se habla del orden económico en sentido estricto puede afirmarse que los delitos que en él se incardinan presenten como bien jurídico protegido el orden socioeconómico, sino que siempre se concreta en un determinado interés de la Administración⁹⁴. Así por ejemplo, en los delitos contra la Hacienda Pública, exponente claro de la categoría de los delitos socioeconómicos en sentido estricto, se pretende proteger de forma inmediata el patrimonio del Erario público y sólo mediatamente tutelar el orden económico⁹⁵.

La utilización del término <<orden socioeconómico>> debe entenderse por tanto como indicador de lo que se engloba bajo el mismo, esto es, el orden socioeconómico es el contexto en el que se realizan determinadas conductas que o bien ponen en peligro, o bien lesionan alguno de los aspectos más importantes de la economía de un país. El concepto de <<delitos socioeconómicos>> debe ser concebido entonces, tal y como hace BAJO FERNÁNDEZ, como un <<criterio de agrupación sistemática de algunas figuras delictivas en atención a lo que se viene entendiendo por orden económico como objeto de protección constitucional y jurídica, sin dar a entender por ello que ese orden económico se convierta en bien jurídico protegido de las figuras delictivas del tipo>>⁹⁶.

⁹⁴ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, “Marco constitucional del Derecho penal económico”, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, COBO DEL ROSAL, M., (Dir), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1982, p. 252.

⁹⁵ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 172. De la misma opinión puede verse **SEOANE SPIEGELBERG, J-L.**, “El delito de defraudación tributaria”, en *Temas de Derecho penal tributario*, GARCÍA NOVOA, C./ LÓPEZ DÍAZ, A., (Coords), Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2000, p. 83. Para un estudio amplio de las distintas posturas doctrinales sobre el bien jurídico protegido en estos delitos puede verse **RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.**, *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona 2008, pp. 49 a 52.

⁹⁶ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, “La constitución económica española y el Derecho penal”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao 1983, p. 175.

La operación que debe realizarse consiste pues en ir descendiendo desde el concepto genérico⁹⁷ de orden socioeconómico hasta un concepto más concreto y determinado, el cual permita afirmar que estamos ante un bien jurídico digno de protección penal. La concreción del bien jurídico que en cada delito se protege asegura la legitimación de su incriminación y la mayor eficacia de la protección penal. Como se expuso al inicio de este epígrafe, puede afirmarse que la creación de los delitos socioeconómicos responde al intento de proteger bienes jurídicos que presentan como denominador común el hecho de estar dirigidos al mantenimiento de los principios básicos que configuran e identifican el determinado sistema económico de un país.

Numerosos han sido los intentos de proporcionar una serie de rasgos o notas comunes a todos los delitos socioeconómicos. Esta tarea se presenta difícil si se tiene en cuenta el hecho de que bajo la categoría del Derecho penal económico se engloban delitos muy dispares y heterogéneos. Tanto es así que no existe unanimidad a la hora de elaborar una enumeración o sistematización de los delitos que conforman el Derecho penal económico. Algunos autores han llegado incluso a calificar al Derecho penal económico como una especie de <<cajón de sastre>> en el que se incluiría todo aquel desvalor socialmente grave que no puede ubicarse fácilmente dentro de los delitos que protegen bienes jurídicos tradicionales⁹⁸.

En este intento de identificación de los delitos socioeconómicos uno de los criterios más utilizados viene representado por el bien jurídico. En contraposición con los delitos patrimoniales, se afirma que mientras en estos últimos se protege el patrimonio individual - por tanto un bien jurídico individual-, en los delitos socioeconómicos el bien jurídico se dota de

⁹⁷ Vid. **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia 1994, p. 72. Como se expone en el texto principal, el orden socioeconómico se configura como un <<bien jurídico categorial>> o <<genérico>>. Y, siguiendo las palabras de la autora citada, <<del bien jurídico categorial se habla en la doctrina tanto para referirse a un interés genérico común a una serie de infracciones, cuanto para aludir a una finalidad de protección unitaria, que se plasma en la tutela de bienes jurídicos diferentes>>. Por tanto, el concepto de orden económico aparece como ese interés aglutinante de todo el conjunto de los delitos socioeconómicos.

⁹⁸ Vid. **CERVINI, R./ ADRIASOLA, G.**, *El Derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, cit., p. 79. Como ejemplo de una clasificación excesivamente amplia puede verse la que propone **MARTOS NUÑEZ, J-A.**, *Derecho Penal Económico*, Montecorvo, Madrid 1987, p. 129. El autor incluye dentro del los delitos económicos en sentido amplio a los delitos de insolvencias punible, los diferentes tipos de estafa, las apropiaciones indebidas, las falsedades en documento y el cohecho.

naturaleza supraindividual⁹⁹. Los delitos socioeconómicos tutelarían, por tanto, intereses colectivos referidos al funcionamiento de la economía¹⁰⁰.

Visto así, se prejuzga y condiciona la naturaleza patrimonial o socioeconómica de un delito con base en las cualidades del bien jurídico según sea éste individual o supraindividual¹⁰¹. No obstante, la posibilidad de encontrar un delito socioeconómico cuyo bien jurídico sea individual no debe ser desterrada *a priori*. Tal y como se puso de manifiesto anteriormente, el criterio del bien jurídico mediato, o la existencia de otros factores como la inclusión del crédito público o privado, permiten dar una nueva orientación en torno a la cuestión de la naturaleza jurídica de delitos tales como los que componen la familia delictiva de las insolvencias punibles, tradicionalmente considerados como delitos patrimoniales¹⁰².

⁹⁹ Vid. **ALBEGGIANI, F.**, “La criminalità economica: aspetti normativi”, en *Forme di organizzazioni criminali e terrorismo*, **FERRACUTI, F.**, (a cura di), Giuffré, Milano 1988, p. 12. De la misma premisa parte **RODRÍGUEZ RAMOS, L.**, “Aspectos Generales de los delitos societarios”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ASÚA BATARRITA, A., (Ed), Servicio Editorial del País Vasco, 1996, p. 187 o **DE FARIA COSTA, J./ DA COSTA ANDRADE, M.**, “Sobre a concepção e os princípios do Direito penal econômico”, en *Revista de Direito e Economia*, Ano VIII nº 2, Universidade de Coimbra, Coimbra 1982, p. 286.

¹⁰⁰ Vid. **STAMPA BRAUM, J-M./ BACIGALUPO, E.**, *La reforma del Derecho penal económico español*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1980, p. 12. Cuando los autores analizan la reforma propuesta para el Código Penal por el Proyecto de 1980, enumeran una serie de criterios de delimitación de los delitos socioeconómicos. Así, de un lado constatan que se trata de conductas que lesionan bienes jurídicos supraindividuales, cuyas formas de ataque van más allá de la lesión de los intereses de un particular, y por otro aprecian que las conductas constituyen nuevas formas de criminalidad. Del mismo parecer **BUSTOS RAMÍREZ, J.**, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ariel Derecho, Barcelona 1986, p. 310. También **TERRADILLOS BASOCO** parece adoptar la esta idea. En este sentido, cuando se referirse al Derecho penal de la empresa entiende que éste comparte con el Derecho penal económico la naturaleza supraindividual de los bienes jurídicos protegidos. Si bien, el autor aclara que en determinados supuestos como en de los delitos de insolvencia punible el bien jurídico es, sin embargo, de naturaleza estrictamente patrimonial. Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid 1995, p. 12.

¹⁰¹ Tradicionalmente se parte de la idea de que los delitos socioeconómicos suelen caracterizarse por ser delitos cuyo bien jurídico es de corte supraindividual -baste pensar por ejemplo en el delito fiscal o en los delitos contra los consumidores-. Esta idea de caracterizar a los delitos económicos como delitos con bien jurídico supraindividual adquiere gran fuerza en la doctrina alemana. Vid. por ejemplo **KAISER, G.**, *Introducción a la criminología*, Dykinson, Madrid 1988, p. 364. También en España puede verse la opinión de **BUSTOS RAMÍREZ, J.**, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 310.

¹⁰² Posteriormente se profundizará en la cuestión del bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia punible. Será entonces cuando se justifique por qué no se comparte y se considera adecuada la generalización de que todo delito económico presenta un bien jurídico supraindividual. Vid. *infra*. los epígrafes III. 1 y III. 2 del Capítulo Segundo.

Si bien el criterio del interés jurídicamente protegido puede servir, aunque con matizaciones, como recurso efectivo para la identificación de los delitos económicos, no sucede así con el argumento del daño o perjuicio económico producido. En esta línea, MUÑOZ CONDE rechaza como factor diferenciador de los delitos económicos y patrimoniales <<la magnitud del daño o perjuicio económico producido>>¹⁰³, ya que de no ser así cualquier delito patrimonial que fuese susceptible de provocar daños económicos de considerable extensión podría calificarse como delito económico. Adoptar este criterio derivaría entonces en <<un desmesurado Derecho penal socioeconómico>>¹⁰⁴. En este sentido, puede afirmarse que el criterio de la cantidad no es válido para la transformación de la cualidad del delito¹⁰⁵.

Lo que sí es cierto es que, como expone TIEDEMANN, los delitos económicos se caracterizan porque <<su ejecución y efectos, además de lesionar intereses individuales, pueden poner en peligro la vida económica y el orden que la rige>>¹⁰⁶. Tal afirmación no debe ser entendida como daño material económicamente evaluable sino como afectación al bien jurídico supraindividual cifrada en el orden socioeconómico¹⁰⁷. Esta afectación no está determinada por la dimensión del perjuicio económico, puesto que ello supondría calificar o no una conducta como constitutiva de un delito económico atendiendo a los supuestos particulares que pudiesen llevarse a cabo en la realidad. Se trata pues de una lesividad en abstracto que sirve, entre otras cosas, para clasificar el delito. Así por ejemplo, un delito de estafa puede provocar grandes pérdidas económicas sin que ello derive en el menoscabo de su calificación como delito patrimonial. El tipo penal de estafa sigue participando de la naturaleza de delito patrimonial independientemente de que en casos particulares los perjuicios económicos hayan alcanzado dimensiones

¹⁰³ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 52.

¹⁰⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F., “Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”, en *Revista penal*, Año 1, n° 1, Praxis, Huelva-Salamanca y Castilla-La Mancha 1998, p. 69. En el mismo sentido puede verse GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico. Parte General*, Ara, Piura 2003, p. 62.

¹⁰⁵ En contra de esta opinión puede verse DE FARIA COSTA, J., *Direito penal económico*, Quarteto, Coimbra 2003, p. 62, para quien el criterio de la cantidad sirve, por ejemplo, para calificar al delito de receptación como un delito patrimonial frente al delito de blanqueo de capitales que se incluiría en la categoría de los delitos económicos.

¹⁰⁶ Cfr. TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Ariel Derecho, Barcelona 1985, p. 11.

¹⁰⁷ Así parece entenderlo, sin embargo, VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales”, en *Estudios penales y criminológicos XXI*, Santiago de Compostela 1998, p. 350, para la cual TIEDEMANN sostiene como criterio delimitador el daño económico infligido.

supraindividuales, y que trascienden más allá del posible daño económico provocado al titular del bien jurídico protegido en el delito de estafa.

Asimismo, se sostiene que los delitos socioeconómicos pueden identificarse mediante un criterio criminológico¹⁰⁸. En este sentido, se constata desde la Criminología que en el autor de los delitos socioeconómicos confluyen generalmente determinados rasgos característicos que lo diferencian del delincuente común. A su vez, y como consecuencia de ello, el delincuente económico actúa de una forma concreta, es decir, actúa mediante un *modus operandis* propio. Como expone CONTI, el delincuente económico suele ser un sujeto de alto nivel social y profesional, que mediante la comisión de conductas delictivas se sitúa en una posición de privilegio y superioridad frente a sus competidores¹⁰⁹. La criminalización de estas conductas responde a un fenómeno cada vez más cotidiano y extendido en la actualidad, conocido como <<delincuencia económica>>.

Fue el americano SUTHERLAND en el año 1939 quien introdujo por primera vez en la Criminología el concepto de delincuencia de cuello blanco - The White Collar Criminal-¹¹⁰. La obra del autor americano marcó el inicio de una nueva etapa para la Criminología y el Derecho penal, provocándose lo que algunos autores han definido como <<una pequeña revolución copernicana>>¹¹¹.

Esta nueva especie de delincuencia implica la violación de la ley penal por una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional. En palabras de SUTHERLAND, el delito de cuello blanco es <<a crime comitted by a person of respectably and high social status in the course of his occupation>>. La sociedad en general, y más concretamente el estudioso del derecho penal, se encuentran ante una nueva tipología de

¹⁰⁸ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 125. También FERNÁNDEZ ALBOR, A./ MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela 1983, pp. 11 y ss, donde se trata con detenimiento el concepto de la delincuencia económica destacando sus rasgos más sobresalientes.

¹⁰⁹ Vid. CONTI, L., "I rischi penali degli operatori d'impresa", en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, Cedam, Padova 1998, p. 75 o RUIZ VADILLO, E., *Los delitos contra el orden socioeconómico*, Escuela judicial, Madrid 1981, p. 224.

¹¹⁰ La primera vez que el autor hizo mención a este nuevo tipo de criminalidad fue en el año 1939 en un discurso pronunciado el 27 de diciembre de ese año ante la Sociedad Americana de Sociología. Al año siguiente el discurso fue publicado con el título "White-collar Criminality" en la *American Sociological Review*. El mismo artículo fue posteriormente publicado en el libro *Crime and Delinquency*, C.A Bersari, New York 1970.

¹¹¹ Vid. DE FARIA COSTA, J., *Direito penal económico*, cit., p. 81.

delincuente, dotado de un alto nivel cultural y que comete el delito valiéndose comúnmente de su cualificación profesional -baste pensar en los delitos cometidos por funcionarios públicos que ponen de manifiesto el poder de corrupción de esta delincuencia sobre la Administración pública-. A diferencia de lo que algunos autores sostienen, este alto nivel cultural y la acentuada integración de estos delincuentes en la sociedad¹¹², no impide hablar de una necesidad de recuperación del delincuente. Bajo el lema de la <<socialización de más>> se ha negado la viabilidad de la resocialización de los delincuentes económicos; no obstante, al igual que sucede con el delincuente común, también el autor de un delito económico adolece de un defecto de socialización, si bien de diferente índole¹¹³.

Frente a la delincuencia de cuello blanco o económica, nomenclatura esta última de mayor acogida en España, la delincuencia de cuello azul vendría a conformar su contrapunto. Este tipo de delincuencia se corresponde con la delincuencia propia de sujetos de nivel cultural bajo-medio, y se identifica generalmente con la delincuencia propia de las capas más bajas e inferiores de la sociedad. Esta <<street crime>>¹¹⁴ constituye una delincuencia mucho más perceptible y cercana al ciudadano. Como expone SHOVER, mientras que en la delincuencia callejera el infractor aborda físicamente a las víctimas o entra en sus casas, el delincuente de cuello blanco utiliza el engaño, la malicia o el falseamiento para crear una apariencia de transacción legítima con el fin de obtener un beneficio ilícito¹¹⁵. Frente a los asesinatos o los robos, la delincuencia de cuello blanco se caracteriza por un distanciamiento entre el delincuente y la víctima¹¹⁶, así como por la consecuente falta del impacto

¹¹² Quienes defienden esta postura se muestran de acuerdo con la teoría del <<sharp, short, shock>>, esto es, de la aplicación de penas contundentes que causen un rápido efecto en el delincuente y su entorno. De ahí que se proponga el uso de las penas privativas de libertad de corta duración para los delitos económicos o la publicación de las sentencias. Vid. sobre estas cuestiones **DE FARIA COSTA, J.**, *Direito penal económico*, cit., pp. 90 y ss.

¹¹³ Vid. **DE FIGUEIREDO DIAS, J.**, “Aplicação das penas em Direito penal económico”, en *Temas de Direito Penal Económico*, PODVAL, R., (Dir), Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2000, p. 130. Del mismo autor puede verse “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito penal económico”, en *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinarios*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra 1998, p. 382.

¹¹⁴ Vid. **BUCY, P-M.**, *White-collar Crime. Cases and materials*, West Publishing Co, 1992, p. 2.

¹¹⁵ Vid. **SHOVER, N.**, “El delito de cuello blanco: una cuestión de perspectiva”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Criminología*, BUENO ARÚS, F./ KURY, H./ RODRÍGUEZ RAMOS, L./ ZAFFARONI, E-R., (Dir), Dykinson, Madrid 2006, p. 458.

¹¹⁶ Vid. **ROBB, G.**, *White-collar Crime in modern England*, Cambridge University Press, Glasgow 1992, p. 8.

emocional característico de los delitos comunes¹¹⁷. La mayor abstracción de los intereses tutelados y el distanciamiento entre autor y titular del bien jurídico configuran así una especie de víctimas abstractas o distantes¹¹⁸.

Al mismo tiempo, la delincuencia económica se caracteriza por ser especialmente difícil de descubrir y perseguir. Las investigaciones necesarias para su detección y persecución pueden durar meses a la par que, en ocasiones, es incluso probable que se presenten dificultades a la hora de determinar si la conducta es o no delictiva¹¹⁹. Tras su investigación, es posible también encontrar importantes obstáculos procesales para su procesamiento. Así sucede, por ejemplo, con la prescripción del delito que conlleva en numerosos supuestos a la impunidad de la conducta¹²⁰.

Esta novedosa delincuencia económica surge y se potencia en un contexto concreto y especial, a saber, la era de la globalización social y económica. Así, el fenómeno <<globalización>> ha provocado, de una forma cada vez más perceptible, una clara separación entre los sectores de la sociedad, marcando y acentuando las diferencias entre las clases pudientes y las menos favorecidas. Esta realidad no es ajena al Derecho penal, ya que también en su regulación se aprecia un trato diferente en función de la clase de sujeto sobre el que el Derecho penal actúa.

Idéntico panorama de desigualdad se presenta cuando se realiza un análisis de la situación actual de la población mundial. Es evidente que en el momento presente se ha impuesto un claro alejamiento entre los países ricos y los menos afortunados. Es precisamente en los países más desarrollados, y en los que la economía se manifiesta como un capitalismo extremo, donde más claramente se percibe la comisión de los delitos socioeconómicos. En esta línea, puede decirse que la delincuencia económica es un fenómeno inherente al capitalismo y se manifiesta como el contrapunto de la prosperidad que implica dicho sistema económico¹²¹. Como afirma ROBB, el delito económico

¹¹⁷ Vid. **DE FARIA COSTA, J./ DA COSTA ANDRADE, M.**, “Sobre a concepção e os princípios do Direito penal econômico”, cit., p. 292.

¹¹⁸ Vid. **CORREIA, E.**, “Introdução ao Direito Penal Econômico”, en *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra 1998, p. 297.

¹¹⁹ Vid. **BUCY, P-M.**, *White-collar Crime. Cases and materials*, cit., p. 2.

¹²⁰ Vid. **DE FARIA COSTA, J.**, *Direito penal econômico*, cit., p. 82.

¹²¹ Vid. **TIEDEMANN, K.**, “Der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1975, p. 253. En un sentido similar puede verse **RUGGIERO, V.**, “La criminalité d'affaires et la criminalité en Europe”, en *La criminalité économique et financière en Europe*, PONSASERS, P./ RUGGIERO, V., (Dir), L'Harmattan, Paris 2002, p. 8.

es tan viejo como el propio capitalismo¹²² y se ha convertido en el gran <<cáncer>> de la sociedad moderna¹²³. Con todo, esta afirmación no implica necesariamente que en los países menos favorecidos no exista un índice significativo de delincuencia económica, o que en aquellos otros estados en los que no se haya instituido todavía el sistema capitalista no pueda enmarcarse igualmente este tipo de criminalidad socioeconómica. Lo que sucede es que en tales casos las conductas difieren¹²⁴. Así pues, si bien los caracteres del sistema de mercado capitalista han permitido el nacimiento y el desarrollo de este tipo de criminalidad, ello no prejuzga que tal fenómeno sea exclusivo de un sistema de tal estructura¹²⁵.

Como ha podido comprobarse, la caracterización del autor es un criterio muy útil para comprender el significado del concepto de delincuencia económica. Ahora bien, este tipo de delincuencia no puede ser analizada de forma exclusiva desde el punto de vista subjetivo del autor. Desde un punto de vista objetivo, es conveniente y posible señalar otros rasgos que la definen. Quedarse únicamente con esta visión subjetivista no permite comprender la magnitud e importancia del fenómeno. En este sentido, la delincuencia económica se caracteriza por causar daños materiales e inmateriales de gran extensión, superando de forma alarmante a los que puede llegar a ocasionar la delincuencia violenta¹²⁶.

Así, está comprobado que la delincuencia económica suele afectar a un número elevado de sujetos. Su determinación de los afectados es a veces difícil

¹²² Vid. **ROBB, G.**, *White-collar Crime in modern England*, cit., p. 11.

¹²³ Vid. **DE FIGUEIREDO DIAS, J./ DA COSTA ANDRADE, M.**, “Problemática geral das infracções contra a economia nacional”, cit., p. 66.

¹²⁴ Vid. **FERNÁNDEZ ALBOR, A./ MARTÍNEZ PÉREZ, C.**, *Delincuencia y economía*, cit., p. 14.

¹²⁵ Vid. **FERNÁNDEZ ALBOR, A./ MARTÍNEZ PÉREZ, C.**, *Delincuencia y economía*, cit., p. 13. Asimismo, **GEIS, G.**, “La criminalità economica: aspetti criminologici”, en *Forme di organizzazioni criminali e terrorismo*, FERRACUTI, F., (a cura di), Giuffrè, Milano 1988, pp. 36 y 37. Este último analiza en profundidad las teorías de Sutherland sobre la criminalidad de cuello blanco y el origen de tales tesis. En este estudio pone de manifiesto que en estados con regímenes comunistas es posible encontrar delitos económicos, aunque en muchas ocasiones estos ilícitos son considerados delitos contra el Estado. Según el autor, los orígenes del delito económico se remontan al Derecho griego, en el que los Alemenoidi, ricos y poderosos, fueron penados por incumplir un contrato para la construcción de un edificio. Claro está que desde entonces hasta la época de Sutherland la sociedad y el Derecho han variado radicalmente, no obstante el ejemplo dado demuestra que no sólo el sistema capitalista puede escenario de la delincuencia económica, a pesar de que sea el sistema económico en el que más prolifera.

¹²⁶ Vid. **CRUZ SANTOS, C.**, “O crime de colarinho branco”, en *Temas de Direito Penal Econômico* PODVAL, R., (Dir), Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2000, p. 194.

e incluso imposible, provocando consecuentemente grandes daños de difícil cuantificación. Los daños derivados de este tipo específico de delincuencia pueden ocasionar un perjuicio tanto a personas individualizadas como generar daños de corte inmaterial. Estos últimos suelen entrañar una lesión de la economía en general y de la confianza en el funcionamiento del mercado. Un claro ejemplo del primer tipo de daños es el conocido caso en España de la distribución y venta del Aceite de Colza adulterado. La distribución de este tipo de sustancia derivó en graves perjuicios para la salud de sus consumidores. Respecto de los daños inmateriales baste pensar en los negativos efectos en cadena que puede llegar a ocasionar una insolvencia dolosamente provocada -v. gr. el caso ENRON-¹²⁷, la divulgación de secretos de empresa o el falseamiento de la competencia mediante la publicidad engañosa.

Más allá de los caracteres ya señalados, ha de mencionarse el hecho de que los delitos económicos suelen ser cometidos a través de una empresa o en interés de una empresa¹²⁸. Para evitar confusiones terminológicas, esta <<criminalidad de empresa>> debe distinguirse conceptualmente de la <<criminalidad en la empresa>>.

Como clarificadoramente expone SCHÜNEMANN, deben diferenciarse tres conceptos totalmente distintos. Por un lado, estaría la

¹²⁷ Se suele hablar además del <<efecto resaca>> y el <<efecto en espiral>> como consecuencias de la comisión de los delitos económicos. Véase sobre ello, una vez más, **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit., p. 54. Asimismo, y concretamente respecto de los efectos de las crisis de empresa, puede verse **SERRA, C.**, “A crise da empresa, os trabalhadores e a falência”, en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLIII, Verbo Postal, Lisboa 2002, p. 420. Como explica la autora, la primera concepción de la quiebra se asentaba en la idea simplista de que dicha situación de desbalance económico enfrentaba únicamente a dos sujetos, esto es, al acreedor frente al deudor. El primero debía ver satisfecho su derecho, mientras el segundo debía ser sancionado por su conducta. Posteriormente la práctica demostró que más allá de estos dos protagonistas, la crisis económica afectaba a otros sujetos y perjudicaba a más intereses que los personales del deudor y acreedor. La situación de crisis económica repercute así en el progreso de la economía, en la estabilidad laboral y en la armonía social. Para evitar estos efectos colaterales, las legislaciones han apostado por procedimientos conservativos de las empresas sumidas en crisis económicas, llegando incluso en ocasiones a extralimitarse en el intento de salvaguardar los intereses públicos. Como expone la autora, en ciertos casos, bajo el lema del interés común se ha dado abrigo a situaciones insostenibles como, por ejemplo, sucedió en Italia con el procedimiento de <<amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crise>> que se aplicó a toda gran empresa, fuese o no recuperable. Algo similar sucedía en España con la antigua Ley de Suspensión de Pagos, bajo cuyo vigencia se escondieron notorias e insubsanables situaciones de crisis definitivas de empresa.

¹²⁸ Cfr. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 127.

criminalidad de empresa -Unternehmenskriminalität-, que se define como <<la suma de los delitos económicos que se cometen a través de una actuación para una empresa>>. Y, por el otro, <<los delitos económicos cometidos al margen de la empresa>> y los <<delitos cometidos dentro de la empresa y contra la empresa misma, o por miembros particulares contra otros miembros de la empresa -Betriebskriminalität->>¹²⁹. De entre estos tres conceptos el primero, es decir, la criminalidad de empresa constituye la parte más importante de la criminalidad económica¹³⁰.

En este orden de cosas, ha de distinguirse entonces entre los delitos económicos cometidos al margen de la empresa -baste citar el delito de defraudación de fluido eléctrico-, los delitos económicos que, por ser cometidos en favor de una empresa se circunscriben en el ámbito del Derecho penal de la empresa -v. gr. los delitos contra los trabajadores- y, finalmente, los delitos cometidos en o contra la empresa, no específicamente empresariales -v. gr. un hurto cometido por un trabajador-. Estos últimos han de excluirse de la esfera del Derecho penal económico, ya que se trata de delitos comunes que se cometen en el marco de una actividad empresarial¹³¹.

Todos los criterios señalados son utilizados para identificar y definir el concepto de delito socioeconómico. Su manejo y combinación pueden llevar a conclusiones diversas dependiendo del modo en que se utilicen y, además, la criminalidad económica se caracteriza por estar en continua evolución y ser dinámica¹³². No existe un único criterio de validez general que sirva a la

¹²⁹ Cfr. **SCHÜNEMANN, B.**, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1988, p. 530 o, más recientemente, en *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, FD Editor, Buenos Aires, 2004, p. 17.

¹³⁰ Vid. **SCHÜNEMANN, B.**, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, cit., p. 19.

¹³¹ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 14. En la citada obra puede verse tal diferenciación y sus correspondientes ejemplos. Como explica **SCHÜNEMANN**, este tipo de criminalidad en la empresa se somete sin problema alguno a las reglas de los delitos comunes, a la vez que presenta una problemática totalmente distinta a la suscitada en torno a la criminalidad de empresa. Vid. **SCHÜNEMANN, B.**, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, cit., p. 18.

¹³² Vid. **LO MONTE, E.**, “Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica: tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, Cedam, Padova 1998, p. 323. En el mismo sentido puede verse, **DE FIGUEIREDO DIAS, J./ DA COSTA ANDRADE, M.**, “Problemática geral das infracções contra a economia nacional”, cit., p. 76 o **ALBEGGIANI, F.**, “La criminalità economica: aspetti normativi”, cit., p. 3. Según este último autor, la constante evolución ha provocado, al menos en el Derecho italiano, la carencia de un *corpus* orgánico de normas penales sobre la criminalidad económica. Por ello, la

definición única del Derecho penal económico y del delito económico¹³³. Así por ejemplo, mientras que en Alemania se asume desde hace años la inclusión de los delitos de insolvencia -§ 283 StGB- en la categoría de los delitos económicos¹³⁴, en la doctrina española la tendencia dominante es la contraria. Baste citar entre otras la opinión de TERRADILLOS BASOCO, para quien si bien los delitos de insolvencia punible forman parte del Derecho penal de la empresa -por cuanto son delitos cometidos a favor de la empresa- no pueden, sin embargo, ser calificados como delitos económicos. A juicio del citado autor, el criterio del bien jurídico protegido impediría tal clasificación. Dicho bien jurídico sería <<el patrimonio de los acreedores o el derecho a la satisfacción de sus créditos>>, es decir, un interés puramente patrimonial e individual¹³⁵.

Justamente, éste último será el criterio que en el presente trabajo se utilice para determinar si las insolvencias punibles son o no delitos socioeconómicos y, si lo son, con qué matizaciones. La premisa básica a tener en cuenta es aquella por la que todo delito socioeconómico debe, en palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, presentar <<una proyección conceptual de tales delitos sobre el orden económico, trascendiendo de la dimensión puramente patrimonial individual>>¹³⁶.

Excursus: La expansión del derecho penal: planteamiento del fenómeno, posiciones doctrinales y el delito económico como exponente de la expansión.

fragmentariedad, mutabilidad y la desorganización son los rasgos más sobresalientes de la normativa penal en materia económica. Precisamente, uno de los ejemplos más claros de la fragmentación del Derecho penal en materia económica es el de los delitos de insolvencia, caracterizados por el abuso del método casuístico.

¹³³ Vid. **GRACIA MARTÍN, L.**, “¿Qué es la modernización del Derecho penal?”, en *La ciencia del Derecho penal en el nuevo siglo*, cit., p. 362. Más extensamente del mismo autor, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, cit., pp. 71 y ss. En este mismo sentido puede verse en la doctrina italiana **ALBEGGIANI, F.**, “La criminalité économique: aspecti normativi”, cit., p. 2 y en la portuguesa **DE FARIA COSTA, J./ DA COSTA ANDRADE, M.**, “Sobre a concepção e os princípios do Direito penal econômico”, cit., p. 280.

¹³⁴ Vid. **BOERS, K./ NELLES, U./ NIPPERT, A.**, “Limited knowledge, unmarked spaces and increased opportunities after the reunification. Economic crime in Germany”, en *La criminalité économique et financière en Europe*, PONSERS, P./ RUGGIERO, V., (Dir), L’Harmattan, Paris 2002, p. 102.

¹³⁵ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 14 y 140.

¹³⁶ Cfr. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit. p. 119.

El fenómeno de la delincuencia económica se ha visto en las últimas décadas potenciado por los cambios sociales y económicos tendentes a la globalización y mundialización de todos los aspectos de la vida. Esta evolución se ha hecho palpable de forma muy acusada en la economía. Como expone ESTEFANÍA, la transformación económica ha sido posible, entre otras cosas, gracias a los intercambios de mercancías y servicios, la liberalización de los mercados y las importantes novedades en materia de comunicaciones e informática¹³⁷. Esta nueva situación ha repercutido de forma extraordinaria en el Derecho en general y en el Derecho penal en particular.

La globalización, entendida como expansión todavía hoy no controlada jurídicamente, permite actuar de forma impune en un ámbito actualmente desregulado. En el marco de este general desconcierto emergen y se establecen nuevos valores en la sociedad como el individualismo, el consumismo, el crecimiento desmedido del poder y, en el concreto ámbito del Derecho penal, la difuminación de la línea divisoria entre la víctima-autor y lo lícito-ilícito¹³⁸. El nuevo panorama social constituye de este modo el perfecto caldo de cultivo para la realización de conductas cuya potencial lesividad no puede ser controlada por las leyes ya existentes. Esta realidad obliga al legislador penal a que efectúe los cambios necesarios en orden a la recuperación del equilibrio social.

Al mismo tiempo, ha de hacerse referencia al hecho de que la nueva sociedad se caracteriza además por un creciente sentimiento de inseguridad en el ciudadano¹³⁹. Tanto es así, que se llega a hablar de una <<sociedad del riesgo>>¹⁴⁰. El ciudadano de esta <<sociedad del riesgo>> se siente cada vez más desprotegido e indefenso frente a los crecientes cambios generados por la evolución de la economía. La apuntada inseguridad ciudadana también influye en el Derecho penal. En este sentido, apelando a la necesidad de proporcionar seguridad al ciudadano, se ha creado un Derecho penal que en no pocas ocasiones se aleja de los primordiales principios rectores de este sector del

¹³⁷ Vid. sobre los factores que potencian el fenómeno **ESTEFANÍA, J.**, *La nueva economía. La globalización*, Ed. Debate, Madrid 1996, p. 13 y ss.

¹³⁸ Vid. **SILVA FRANCO, A.**, “Globalização e criminalidade dos poderosos”, en *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, año 10, nº 2, Coimbra Editora, Coimbra 2000, p. 210.

¹³⁹ Sobre la cuestión de la creciente <<inseguridad ciudadana>> puede verse **BRANDARIZ GARCÍA, J-A.**, “Itinerarios de Evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en **FARALDO CABANA, P.**, (Dir), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo blanch, Valencia 2004, pp. 15, 36 y ss.

¹⁴⁰ Vid. **GRACIA MARTÍN, L.**, “¿Qué es la modernización del Derecho penal?”, cit., p. 358.

ordenamiento jurídico¹⁴¹. El Derecho penal es utilizado con un fin que no le corresponde, esto es, ser el remedio de todos los males sociales.

Para comprender el por qué de esta desviación de los fines del Derecho penal ha de analizarse dicha sociedad y, sobre todo, el conjunto de grupos sociales que la componen. De este último análisis se constata que en la sociedad actual existe un elevado número de pensionistas, desempleados y preceptores de subvenciones. Se trata de sujetos que se han acostumbrado a esperar de las instancias públicas todo tipo de soluciones¹⁴². No es de extrañar, por tanto, que en esta sociedad de clases pasivas, el Derecho penal haya pasado a ocupar un primer plano en la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. Estos últimos demandan una respuesta contundente a los problemas provocados por la nueva realidad. El Derecho penal es visto, en contra de los principios de intervención mínima y *ultima ratio*, como el brazo armado del Estado para la protección de los ciudadanos de la <<sociedad del riesgo>>. En las últimas décadas se asiste sin duda alguna a una cada vez más acentuada fuga al Derecho penal y a la utilización de éste como <<arma política>>¹⁴³.

Como consecuencia tangible de esa insistente demanda social ha tomado forma el fenómeno conocido en la doctrina como <<expansión del Derecho penal>> o efecto <<Big Bang>>. La expansión se ha producido tanto cuantitativamente como cualitativamente, de forma tal que se ha ampliado el ámbito de aplicación del Derecho penal y se ha optado por la agravación punitiva de los tipos penales. Ello se traduce, en el establecimiento y puesta en práctica del binomio <<más Derecho penal y penas más graves>>.

Como explica GRACIA MARTÍN, el cambio operado es tan contundente que puede hablarse de un Derecho penal <<moderno>> frente

¹⁴¹ Para un mayor entendimiento de estas cuestiones puede verse **SILVA SÁNCHEZ, J.-M.**, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid 2001, pp. 67 y ss. Asimismo, **TÉLLEZ AGUILERA, A.**, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid 2005, p. 59.

¹⁴² Vid. **COELHO SIMOES, P.**, “A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna”, en *Temas de Direito penal económico*, DE FARIA COSTA, J., (Coord), Coimbra Editora, Coimbra 2005, p. 298.

¹⁴³ Cfr. **ALBRECHT, P.-A.**, “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, ROMEO CASABONA, C.-M., (Dir), Comares, Granada 2000, p. 472.

a un Derecho penal <<liberal>> o <<clásico>>¹⁴⁴. El primero de ellos es un Derecho penal superador y diferente del Derecho tradicional, caracterizado por una mayor tipificación de delitos y por la agravación punitiva de los tipos tradicionales¹⁴⁵. Asimismo, en este Derecho penal moderno es relativamente fácil constatar el reconocimiento de nuevos bienes jurídicos colectivos, que son protegidos no sólo contra una lesión extremadamente perceptible, como sucede con los bienes jurídicos individuales, sino contra cualquier acción con mera tendencia de lesión¹⁴⁶. Y, es precisamente en este sector del Derecho penal, también conocido como Derecho penal accesorio, donde se incluye el tan renombrado Derecho penal económico¹⁴⁷. Es más, puede decirse que,

¹⁴⁴ La utilización de una u otra terminología varía según los autores de forma que lo que para SILVA SÁNCHEZ es el Derecho penal <<clásico>> para GRACIA es más correcto que se denomine Derecho penal <<de la Ilustración>> o Derecho penal <<liberal>>. La explicación a la variación en la terminológica puede verse en **GRACIA MARTÍN, L.**, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, cit., pp. 53 y ss.

¹⁴⁵ Vid. **GRACIA MARTÍN, L.**, “¿Qué es la modernización del Derecho penal?”, cit., p. 357. Asimismo puede verse **HIRSCH, H.-J.**, *Derecho Penal. Obras Completas*, Tomo II, Rubizal-Culzono Editores, Buenos Aires 2000, pp. 61 y 62. Según el citado autor, la expansión se ha visto potenciada por tres factores clave: los avances tecnológicos y genéticos, la revalorización de los delitos contra el medio ambiente y el orden económico y, finalmente, la agravación de las penas en delitos ya existentes como el tráfico de drogas o la criminalidad organizada.

¹⁴⁶ Cfr. **SHÜNEMANN, B.**, “Prólogo” del libro *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, GRACIA MARTÍN, L., Tirant lo blanch, Valencia 2003, pp. 13. Sobre este aspecto apunta **PRITTWITZ, C.**, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, ARROYO ZAPATERO, L./ NEUMANN, U./ NIETO MARTÍN, A., (Coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003, p. 262.

¹⁴⁷ Sobre el concepto de Derecho penal accesorio han de realizarse ciertas matizaciones. Dicho concepto es manejado simultáneamente por la doctrina de los diferentes países vecinos. Así por ejemplo, tanto en Portugal como Alemania se viene hablando desde hace años de un Derecho penal <<extravagante>> o <<Nebenstrafrecht>> respectivamente. Por lo que se refiere al caso portugués, el Derecho penal <<extravagante>>, <<accesorio>> o <<secundario>> es aquel que frente al Derecho penal <<de justiça>> se sitúa materialmente fuera del Código Penal. Aunque la mayor parte de los delitos económicos se sitúan en la legislación secundaria, ello no implica, sin embargo, que en el propio Código Penal puedan encontrarse delitos económicos, tal y como sucede por ejemplo con parte de los delitos de insolvencia -arts 227 y ss del CP portugués-. Por su parte, el conocido como <<Nebenstrafrecht>> también se refiere al Derecho penal situado fuera del STGB y puede abarcar materias de toda índole. Así las cosas, hay que tener presente que si bien el término Derecho penal accesorio o secundario se ocupa en los distintos países de materias excluidas de un Derecho tradicional, en el caso concreto de España el legislador ha recurrido a la inclusión de los nuevos delitos en el propio Código. En Portugal, Italia y Alemania se ha optado por la fragmentación del Derecho penal mediante la creación de normas penales extramuros al Código Penal. En conclusión, en el caso de estos últimos países hablar de Derecho penal accesorio implica no sólo hablar de delitos de nueva creación sino también de un Derecho penal no incluido

dentro del ámbito de Derecho penal accesorio, el Derecho penal económico representa, junto con los delitos contra el medio ambiente, su núcleo esencial. El Derecho penal económico es, por todo ello, un claro ejemplo de esa <<expansión del Derecho penal>>.

Ante este fenómeno de expansión no han faltado voces de crítica que ponen de manifiesto la inconveniencia de tal tendencia expansionista, llegando a propugnar incluso la vuelta a un Derecho penal <<mínimo>>, esto es, a un Derecho penal de protección de los derechos básicos del individuo al más puro estilo liberal¹⁴⁸. Como representantes de esta orientación doctrinal proclive a una <<retirada>> del Derecho penal se encuentra los autores de la <<Escuela de Frankfurt>>, tales como PRITTWITZ, MEUMANN o HASSEMER. En opinión de estos defensores de un Derecho penal reduccionista, la expansión provoca efectos notoriamente más perjudiciales que ventajosos. En este sentido, no dudan en acusar a la expansión de ser la causa del sacrificio de las garantías del Estado de Derecho, de la perversión del concepto de bien jurídico, la exacerbación de la idea de prevención, el abuso de los tipos de peligro -generalmente abstracto- y la utilización del Derecho penal como instrumento de pedagogía social¹⁴⁹. A su juicio, el Derecho penal ha cambiado de orientación, dejando de desempeñar su papel de *ultima ratio* para transformarse en la *prima ratio* o, incluso, *sola ratio*¹⁵⁰.

Este Derecho penal accesorio se tornaría así en un Derecho penal <<simbólico>> carente de legitimación y caracterizado por la idea de que el legislador tipifica determinados comportamientos no para la salvaguarda de

en el Código, más Derecho penal al fin y al cabo. Como exponen HASSEMER y MUÑOZ CONDE, el Derecho penal del Código Penal y el secundario no pueden ni deben ser medidos en términos de importancia, sino ser puestos uno frente a otro como un Derecho penal de fuera y dentro del Código. Vid. HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia 1989, p. 131.

¹⁴⁸ Vid. SANZ MULÁS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Colex, Madrid 2000, p. 165, donde puede verse una perspectiva general acerca de la idea del Derecho penal <<mínimo>>, haciendo un recorrido por las teorías abolicionistas y garantistas con sus autores más relevantes. También puede verse SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona 1992.

¹⁴⁹ Vid. HASSEMER, W., “Perspectivas del Derecho penal futuro”, en *Revista penal*, Año 1, n° 1, Praxis, Huelva- Salamanca y Castilla-La Mancha, 1998, p. 37. Esta misma cuestión es tratada por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos-penales”, en *La ciencia del Derecho penal en el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Doc. Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid 2002, pp. 395 y ss. También GRACIA MARTÍN, L., “¿Qué es la modernización del Derecho penal?”, cit., p. 383 o MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid 2001, p. 111.

¹⁵⁰ Vid. HASSEMER, W., “Perspectivas del Derecho penal futuro”, cit., p. 38.

bienes jurídicos, sino para crear en la sociedad y en los individuos un efecto meramente aparente de solución a problemas¹⁵¹. Consciente de esta realidad, y aun no siendo un acérrimo detractor de la expansión, DE FIGUEIREDO DIAS afirma en esta línea que el legislador se ha dejado seducir por la perniciosa idea de poner las penas y los mecanismos penales al servicio de la política social¹⁵². El sistema penal pierde su original sentido y se torna en un Derecho de punición puramente ejemplar¹⁵³.

Por todo ello, parte de la doctrina española y extranjera no dudan en afirmar que este Derecho penal accesorio no se acomoda en modo alguno a decisiones político-criminales válidas para fundamentar la imposición de una pena. Al mismo tiempo, se identificaría como un Derecho penal que desatiende el principio de puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos, cuyo contenido no guardaría relación alguna con las exigencias de control social a satisfacer con la reacción penal¹⁵⁴.

Como se dijo, a modo de metáfora se identifica la expansión de la tipificación penal con el <<Big Bang>>, es decir, con el nacimiento del universo y su posterior expansión cada vez a un ritmo más acelerado. En esta línea, se plantean teorías científicas -todavía no comprobadas- por las cuales en un futuro se sucedería el <<Big Crunch>>, esto es, el fenómeno por el cual el universo se contraería hasta su punto inicial. Si se traslada esta idea al campo del Derecho penal la retroacción a un punto inicial podría ser posible reconduciendo el actual Derecho penal expansivo a su punto de arranque -el punto de inicio sería el punto de retorno-, esto es, la vuelta al Derecho penal clásico de protección de los derechos individuales de la persona. En cuanto a los valores colectivos o los intereses supraindividuales éstos no serían en absoluto desatendidos. Así, sería preciso crear un Derecho acaballado entre el derecho público y el derecho privado que abarcarse su protección. Este nuevo

¹⁵¹ Gráficamente afirma RODRÍGUEZ ESTÉVEZ que <<la característica principal de la legislación penal meramente simbólica radica en que no tiene lugar en el exterior -puesto que no se aplica-, sino que queda en la mente de los políticos y los electores>>. Cfr. **RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J.-M.**, *El Derecho penal en la actividad económica*, Ed. Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires 2000, p. 191.

¹⁵² Vid. **DE FIGUEIREDO DIAS, J.**, “Para uma dogmática do Direito penal secundario. Um contributo para a reforma do Direito penal econômico social português”, en *Temas de Direito Penal Econômico*, PODVAL, R., (Dir), Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2000, p. 14.

¹⁵³ Vid. **CORREIA, E.**, “Introdução ao Direito Penal Econômico”, cit., p. 301.

¹⁵⁴ Vid. **DÍEZ RIPOLLÉS, J.-L.**, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad penal*, nº 1, Madrid 2001, marg. 15.

y específico sector del Derecho vendría a conformar el <<Interventionrecht>>, estos es, el <<Derecho de intervención>>¹⁵⁵.

Si bien todo lo expuesto hasta el momento no carece de lógica, frente a este planteamiento puede objetarse, sin embargo, la apreciación de cierto talante discriminatorio y un apoyo, consciente o inconsciente, a un Derecho penal basado en una duplicidad de paradigmas y el <<fraude de etiquetas>>¹⁵⁶. En este sentido, no parece del todo razonable dar tratamiento diferente a quien defrauda al Estado mediante la comisión de un delito tributario, aplicándole un derecho de menor intensidad o de intervención, frente al delincuente <<clásico>> contra quien se reacciona con toda la fuerza del Derecho penal y sus penas más graves¹⁵⁷. Lo que se esconde tras esta propuesta de creación de un Derecho de intervención es la legitimación de un *statu quo* y de un sistema penal que no está dispuesto a sancionar a los que, por tener mejor fortuna, gozan de una posición privilegiada¹⁵⁸. En opinión de HIRSCH, el verdadero peligro recae precisamente en el hecho de poner en tela de juicio la operatividad y la necesidad de respetar las garantías conseguidas a lo largo de generaciones¹⁵⁹.

Ya en la doctrina española y también con la intención de frenar la expansión del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ opta no por volver a un Derecho penal clásico sino por la creación de un Derecho penal <<de dos velocidades>> e incluso un Derecho penal <<de tres velocidades>>. El

¹⁵⁵ Para un estudio más completo que el realizado en el texto puede verse extensamente **HIRSCH, H.-J.**, *Derecho Penal. Obras Completas*, cit., pp. 65 y ss. Asimismo, puede verse la propuesta de un Derecho de intervención en **HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F.**, *Responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant lo blanch, Valencia 1995, pp. 43 y ss. En contra de esta propuesta véase, entre otros, **MENDOZA BUERGO, B.**, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid 2001, p. 184.

¹⁵⁶ Esta última afirmación puede verse en **DE FIGUEIREDO DIAS, J.**, *Temas Básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal e sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra 2001, p. 172.

¹⁵⁷ Vid. **RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J.-M.**, *El Derecho penal en la actividad económica*, cit., p. 153. El ejemplo que se utiliza por parte del autor parece suficientemente clarificador. Así entiende que no responde a los principios constitucionales y a la regla de la proporcionalidad, el hecho de que a quien roba un equipo de auto-estéreo se le aplique el Derecho penal y a quien defrauda al fisco una suma millonaria se le sancione mediante un Derecho de intervención. Lo que se consigue con ello es sustraer al último del *ius puniendi*. Aceptando esta crítica puede verse **SILVA FRANCO, A.**, “Globalização e criminalidade dos poderosos”, cit., p. 225, si bien el autor parece finalmente decantarse por la tesis de SILVA frente a las teorías expansionistas y reduccionistas.

¹⁵⁸ Vid. **DE FARIA COSTA, J./ DA COSTA ANDRADE, M.**, “Sobre a concepção e os princípios do Direito penal económico”, cit., p. 295.

¹⁵⁹ Vid. **HIRSCH, H.-J.**, *Derecho Penal. Obras Completas*, cit., p. 82.

citado autor comparte la idea anteriormente señalada de que la expansión del Derecho penal no responde al principio de protección de bienes jurídicos-penales sino a una satisfacción de las demandas sociales de protección y seguridad. A su juicio, tales demandas no deben solucionarse en primera instancia por la norma penal, ya que ello llevaría a la configuración de un Derecho penal simbólico en modo alguno deseable.

En este sentido, indica SILVA que uno de los problemas de la expansión del Derecho penal es que con ella se expande, a la vez, el uso de la pena de prisión justo en un momento en que la pena de privación de la libertad se encuentra sumida en una profunda crisis¹⁶⁰. Para evitar este resultado, SILVA aboga por la creación del Derecho penal <<a dos ritmos o dos velocidades>>. Su propuesta consiste fundamentalmente en crear un Derecho penal fragmentado en dos sectores. Por un lado, el Derecho penal nuclear prevería para las sanciones que lo compongan la pena privativa de libertad. Por el otro, el Derecho penal accesorio contemplaría como consecuencia jurídica de sus ilícitos otro tipo de medidas como la privación de derechos, sanciones pecuniarias e incluso la reparación penal¹⁶¹. Así por ejemplo, los delitos socioeconómicos, que ha su entender son el fruto de la expansión, podrían formar parte en sus conductas menos graves de ese

¹⁶⁰ Puede verse la opinión de ambos en **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., pp. 153 y ss.

¹⁶¹ Según SILVA, más allá del Derecho penal <<de segunda velocidad>>, es posible hablar de un Derecho penal <<de tercera velocidad>>. En el texto no se menciona esta tercera vía porque ésta no presenta relación alguna con los delitos socioeconómicos. No obstante, su existencia no debe ser obviada. El Derecho penal <<de tercera velocidad>> es para SILVA SÁNCHEZ lo que el Derecho penal <<del enemigo>> para JACKOBS en la doctrina alemana. A juicio de JACKOBS, frente al Derecho penal <<del ciudadano>>, el Derecho penal <<del enemigo>> se caracteriza por suponer un adelantamiento de la punibilidad, por prever penas desproporcionadamente altas, por la relativización de las garantías procesales y por la identificación de una categoría de sujetos como enemigos -v.gr. terroristas, inmigrantes, miembros de organizaciones criminales-. Para los destinatarios del Derecho penal <<del enemigo>> no estarían vigentes los principios de Estado de Derecho, igualdad ante la ley, seguridad jurídica, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva. Se trata por tanto de un Derecho penal <<de guerra>> cuyo fin principal consiste en neutralizar e inocular al enemigo para proteger a la sociedad, al Estado y sus instituciones. El concepto de Derecho penal se transforma radicalmente para convertirse en el Derecho penal <<de la peligrosidad>>, <<de la prevención>> y <<del estigma>>. Sobre el concepto de Derecho penal <<del enemigo>> puede verse más ampliamente **JAKOBS, G.**, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 20, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, pp. 149 y ss. Sobre el Derecho penal <<de tercera velocidad>> véase **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 163 y ss. Y sobre las principales diferencias con la teoría de JAKOBS véase **DÍEZ RIPOLLÉS, J-L.**, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en **BACIGALUPO, S./ CANCIO MELIÁ, M.**, (Coords), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona 2005, p. 269.

Derecho penal accesorio o de segunda velocidad. Estos delitos accesorios no llevarían entonces aparejada la pena privativa de libertad.

Este planteamiento de SILVA ha sido analizada con detenimiento por gran parte de la doctrina penal. Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, centrándose principalmente en los delitos socioeconómicos, propone que <<ese derecho accesorio debería ser auténtico Derecho penal con la única excepción de que para sus ilícitos no se prevería la pena privativa de libertad>>¹⁶². El autor llega incluso a plantear la posibilidad de que al menos en el ámbito económico sería conveniente crear una ley especial con reglas también específicas de imputación para este tipo de delitos¹⁶³. A su juicio, es necesario acomodar las tradicionales estructuras de imputación a las características de los nuevos delitos, pero respetando en todo momento los principios de garantía¹⁶⁴.

Por su parte, y al hilo de estas propuestas, QUINTERO OLIVARES se muestra partidario de crear al menos una parte general sobre los delitos económicos¹⁶⁵. De esta forma se daría respuesta a la necesidad de adaptación de la teoría jurídica del delito a este nuevo sector del Derecho penal. En su opinión, desde un Código Penal único no es fácil dar una respuesta adecuada a cuestiones tan diferentes como los delitos económicos o los malos tratos.

Sobre esta última tesis ha de decirse que en línea de principio es lógica y está correctamente argumentada. Ahora bien, debe señalarse que las afirmaciones hechas se acompañan de efectos colaterales no del todo deseables. En este sentido, la propuesta de QUINTERO presupone un desmembramiento de la parte general del Derecho penal que, aunque pueda estar en cierta medida justificada, rompe con la igualdad de trato ante todos los sujetos sometidos al Derecho. Se produciría entonces una flexibilización de las garantías que, circunscribiéndose inicialmente a casos concretos como el

¹⁶² Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales”, cit., p. 407.

¹⁶³ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales”, cit., p. 408.

¹⁶⁴ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Imputación subjetiva”, en *Derecho Penal Económico*, Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001, p. 100.

¹⁶⁵ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid 2004, p. 137.

terrorismo o el tráfico de drogas -a los que QUINTERO denomina subsistemas penales¹⁶⁶-, podría desembocar en una flexibilización general.

Consciente de estos peligros, advierte el autor que tal y como se muestra la realidad actual no es posible proporcionar soluciones satisfactorias desde una concepción monolítica de la parte general del Derecho penal. Al mismo tiempo, como medios de defensa frente a los efectos nocivos que ello puede entrañar, el penalista debe dar respuesta a la pluralidad de situaciones intentando respetar siempre las reglas esenciales de la seguridad jurídica, ofensividad, proscripción de la responsabilidad objetiva y la taxatividad de las leyes entre otras¹⁶⁷. Termina su reflexión exponiendo que el recurso a las leyes especiales puede ser como en otros países una solución beneficiosa.

A modo de resumen podría decirse que la creación de un Derecho penal de dos velocidades vendría a paliar en cierto modo efectos perniciosos de la expansión. Con su creación se evitaría la flexibilización de las normas de imputación y los problemas generados por la configuración de delitos de peligro para la protección de intereses colectivos y bienes jurídicos supraindividuales. Sin embargo, su puesta en marcha provocaría consecuencias manifiestamente injustas que no deben perderse de vista. En este sentido, la asunción del Derecho penal de dos velocidades implicaría que la pena privativa de libertad, caracterizada por ser la más gravosa de todas las sanciones penales, continuaría aplicándose a los más delitos que entrañan menor dañosidad social como el robo o el hurto¹⁶⁸.

Por otro lado, deben tenerse en cuenta las matizaciones realizadas por DÍEZ RIPOLLES respecto de los efectos derivados de la criminalización de las conductas y la imposición de la pena, es decir, de los efectos instrumentales y los simbólicos o expresivo-integradores¹⁶⁹. Los primeros tendrían la capacidad de modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseables. Los segundos se conectan al fin de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos. Ambos

¹⁶⁶ Para una comprensión más completa de esta terminología puede verse **QUINTERO OLIVARES, G.**, *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, cit., pp. 135 y 136.

¹⁶⁷ Vid. **QUINTERO OLIVARES, G.**, *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, cit., 140.

¹⁶⁸ Vid. **CERVINI, R./ ADRIASOLA, G.**, *El Derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, cit., p. 135.

¹⁶⁹ Vid. **DÍEZ RIPOLLÉS, J-L.**, "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", cit., marg. 5.

efectos son, a su modo de ver, medios adecuados para la prevención de comportamientos lesivos o peligrosos de los bienes jurídicos. Por este motivo, los efectos denominados simbólicos no pueden ser descartados *a priori* simplemente por ser simbólicos.

Muy al contrario, ambos efectos son complementarios ya que, como expone DIEZ RIPOLLÉS, no en pocas ocasiones <<los efectos instrumentales se logran total o parcialmente a partir de la producción de los efectos simbólicos>>¹⁷⁰. Así, para evitar la lesión o puesta en peligro de ciertos bienes jurídicos es especialmente relevante que se produzcan efectos simbólicos, o si se prefiere, psicológicos. El problema radica en que los efectos que produce la imposición de la pena y la sanción no se acomodan en determinados delitos a las decisiones político-criminales que fundamentan la pena. Ello sucede cuando los efectos producidos satisfacen objetivos que no son necesarios para mantener el orden social básico, es decir, si centran su incidencia sobre objetos personales que no son los decisivos en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o, si bien, su contenido no guarda relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal. Una de las críticas más virulentas que se han vertido frente a la expansión, y en especial frente al Derecho penal económico, es la aparición y diseño de delitos que no protegen bien jurídico alguno¹⁷¹. Como ejemplos de este tipo de criminalización no deseable bastaría citar el delito de acoso sexual, el delito de conducción suicida del art. 384 o los delitos relativos a la flora o la fauna.

Como puede observarse, las opiniones doctrinales son variadas y contrapuestas. No obstante, se adopte una postura u otra, lo cierto es que es innegable que las nuevas realidades, surgidas a partir del fenómeno de la globalización y de otros cambios sociales y culturales operados en las últimas décadas han provocado la necesidad de que el Derecho en general articule nuevas formas de solución a los conflictos que se generan como fruto de las transformaciones vividas. En lo que atañe al Derecho penal, éste debe enfrentarse a un nuevo tipo de delincuencia disociada de la marginalidad y unida a una delincuencia organizada y transnacional dotada de gran poder económico. Esta nueva delincuencia rebasa los límites del Derecho penal

¹⁷⁰ Vid. **DÍEZ RIPOLLÉS, J-L.**, “Exigencias sociales y política criminal”, en *Claves de razón práctica*, nº 85, 1998, p. 50.

¹⁷¹ Vid. **CERVINI, R./ ADRIASOLA, G.**, *El Derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, cit., p. 59.

clásico basado en los delitos patrimoniales tradicionales de hurto o el robo¹⁷². En torno a estos últimos tipos penales pocas dudas quedan por solucionar respecto del objeto de protección penal y el bien jurídico protegido. Frente a ellos, tal y como sucede con parte de los delitos socioeconómicos, los delitos de nueva creación suelen presentar bienes jurídicos supraindividuales¹⁷³ y configurarse como delitos de peligro abstracto¹⁷⁴. Estas notas han sido criticadas duramente por los detractores de la expansión, aludiendo razones de desnaturalización de la figura central y fundamental del bien jurídico y del principio de ofensividad. Con todo, no debe confundirse la cautela que debe presidir las decisiones del legislador penal con la intolerancia ante el avance del Derecho.

Por lo que respecta a los delitos socioeconómicos, y frente a aquellos que se oponen a su tipificación por considerarlos parte de un Derecho penal expansionista, debe decirse que su sustracción al control de las normas penales supone un indeseable vacío de protección¹⁷⁵. No debe en ningún momento perderse de vista el hecho de que la criminalidad económica es potencialmente más lesiva que la delincuencia común¹⁷⁶. Su tipificación ha de entenderse de forma positiva como una toma de conciencia respecto de la importancia y gravedad de este tipo de delincuencia¹⁷⁷. Aunque es cierto que

¹⁷² Vid. **ESER, A.**, “Sobre a mais recente evolução do Direito penal econômico alemão”, en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, nº 4, Coimbra Editora, Coimbra 2002, p. 532.

¹⁷³ Cfr. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Prólogo” al libro colectivo *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, FARALDO CABANA, P., (Dir), Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 10.

¹⁷⁴ Vid. en este sentido **PÉREZ PELLICER, A.**, en *Estafas y Falsedades. Análisis jurisprudencial*, BOIX REIG, J., (Dir), Iustel, Madrid 2005, p. 121. En el análisis que realiza del bien jurídico protegido en el delito conocido como estafa de crédito, el autor afirma que entender que el interés jurídicamente tutelado es el sistema crediticio y configurar el delito como un tipo de peligro abstracto responde a la nueva tendencia expansionista. Asimismo, el endurecimiento de las penas y la introducción de nuevos tipos implicaría graves riesgos que podrían ser evitados con una adecuada regulación mercantil y civil de la actividad económica y financiera. Véase también **TRILLO NAVARRO, J-P.**, *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica*, Dykinson, Madrid 2008, pp. 33 y 34.

¹⁷⁵ Cfr. **RAMOS VÁZQUEZ, J-A.**, “Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en FARALDO CABANA, P., (Dir), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 87.

¹⁷⁶ Vid. **DA COSTA ANDRADE, J.**, “O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em Direito Penal. Elemento diferenciador entre o Direito penal econômico e o Direito penal da justiça”, en *Temas de Direito penal econômico*, DE FARIA COSTA, J., (Coord), Coimbra Editora, Coimbra 2005, p. 27.

¹⁷⁷ Vid. **FARALDO CABANA, P.**, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el

quizás el Derecho penal económico ejerce una especie de fuerza centrípeta que tiende a abarcar cada vez más ámbitos de control¹⁷⁸, ello no implica la imposibilidad de fijar los límites necesarios. Es posible articular formas diferentes de configuración del bien jurídico protegido sin que ello suponga una renuncia y flexibilización de las garantías penales. El avance de la expansión será viable siempre y cuando se respeten los principios de ofensividad, *ultima ratio* e intervención mínima del Derecho penal, de tal forma que se renuncia a la creación de un Derecho penal funcional¹⁷⁹.

En definitiva, y como respuesta a quienes rechazan la expansión, ha de indicarse que el Derecho no es una realidad perenne, inmutable e indiferente a los cambios que se suceden. Como expone SCHÜNEMANN, <<del mismo modo que una sociedad moderna lleva a cabo una ruptura con el pasado, también tiene que desarrollar un Derecho penal moderno>>¹⁸⁰.

III. Propuesta para una sistematización de los delitos patrimoniales y socioeconómicos.

Posiblemente le asista la razón a MUÑOZ CONDE cuando afirma que la distinción entre los delitos patrimoniales y socioeconómicos <<posee un valor sistemático relativo y materialmente escaso>>¹⁸¹. En este sentido, sólo el análisis particular de cada uno de los tipos lo que realmente permita

cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, FARALDO CABANA, P., (Dir), Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 313.

¹⁷⁸ Vid. DE FARIA COSTA, J., *Direito penal económico*, cit., p. 35. El autor llega incluso a calificar al Derecho penal económico como un Derecho dominado por una tendencia <<voraz>> a invadir cada vez más espacios y absorber a otros sectores del Derecho que le son más próximos.

¹⁷⁹ Vid. COELHO SIMOES, P., “A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna”, cit., p. 308. Asimismo, MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, cit., p. 182. De la misma opinión se muestra ARROYO ZAPATERO, para quien la tipificación de los delitos económicos no debe rechazarse siempre que se respeten los principios de proporcionalidad, *ultima ratio* y subsidiariedad. A su juicio, el legislador español se ha movido dentro de dichos límites y, por ello, la tipificación de los delitos económicos en el Código Penal Español goza de plena legitimidad. Vid. ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho penal económico y Constitución”, en *Revista penal*, Año 1, n° 1, Praxis, Huelva- Salamanca y Castilla-La Mancha, 1998, pp. 5 y ss.

¹⁸⁰ Cfr. SCHÜNEMANN, B., “Prólogo” al libro de GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, cit., p. 17.

¹⁸¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 54.

clasificarlos como partícipes de una u otra naturaleza. No existen reglas definitivas que sirvan a la distinción taxativa de lo que deba entenderse *a priori* por delitos patrimoniales y económicos, sino que será la forma en que se describa cada delito el medio la que permita descubrir su naturaleza predominantemente económica o patrimonial¹⁸².

A pesar de ello, y aún teniendo presentes las manifestaciones del citado autor, lo cierto es que cuando la doctrina se enfrenta al análisis de alguno de los tipos penales incluidos en el Título XIII parece inevitable adoptar un posicionamiento frente a la problemática delitos patrimoniales *versus* delitos socioeconómicos¹⁸³. Aún así, este epígrafe no pretende dar testimonio de todas las propuestas planteadas por la doctrina y ello porque el esfuerzo sería tan inútil como inoperante. Simplemente se partirá de las sistematizaciones más significativas por ser las más aceptadas en la doctrina española. Seguidamente se expondrá la visión particular que se sostiene en este trabajo sobre esta cuestión, prestando especial atención a la naturaleza jurídica que dentro del Título XIII presentan los delitos de insolvencia punible.

Comenzando por la tesis de MUÑOZ CONDE, éste utiliza como frontera divisoria entre los delitos patrimoniales y socioeconómicos el Capítulo X del Título XIII, en el cual se recogen las Disposiciones comunes aplicables a los capítulos que le preceden¹⁸⁴. A su vez, los delitos que considera patrimoniales se subdividen en dos grupos, a saber, los delitos patrimoniales de enriquecimiento y los delitos patrimoniales sin enriquecimiento. Entre los primeros se incluirían los delitos de robo, el hurto, el uso de vehículo de motor, la usurpación, la estafa, apropiación indebida, las defraudaciones de fluido eléctrico y las insolvencias punibles. Los delitos de daños por su parte conformarían el segundo grupo.

Consecuentemente, los restantes tipos penales incluidos en el Título XIII pertenecerían a la categoría de los delitos socioeconómicos, esto es, los delitos contra la propiedad industrial e intelectual, el mercado y los consumidores, la receptación y los delitos societarios. Por su parte, los delitos

¹⁸² Vid. GONZÁLEZ RUS, J.-J., “La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas”, en *Estudios penales y criminológicos XVII*, Santiago de Compostela 1994, p. 133.

¹⁸³ Como ejemplos de esta preocupación pueden verse además de las propuestas que se recogen en el texto los trabajos de GONZÁLEZ RUS, J.-J., “La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas”, cit., *passim* o VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales”, cit., *passim*.

¹⁸⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 367.

contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, así como los delitos de contrabando se agruparían bajo la intitulación <<delitos contra el orden público económico>>. Finalmente, los delitos contra los derechos de los trabajadores son considerados <<delitos contra los valores de la personalidad>>.

Como puede apreciarse, y según la clasificación expuesta, los delitos de insolvencia punible son catalogados como delitos patrimoniales. Precisamente, si en la doctrina española ha existido un acérrimo defensor de la naturaleza patrimonial de los delitos de insolvencia ese ha sido MUÑOZ CONDE. Coherentemente, el autor identifica como bien jurídico protegido el <<derecho de crédito que ostenta el acreedor>> y, más concretamente, el <<derecho a la satisfacción de los derechos de crédito>>¹⁸⁵. Así, por tanto, el derecho de crédito, elemento integrante del patrimonio, se erige como interés jurídicamente tutelado. Su naturaleza de bien jurídico de corte individual impediría incluir a estos delitos en el sector de los delitos socioeconómicos.

También QUINTERO OLIVARES parece decantarse por un esquema semejante. Comparte con el autor anterior la idea de que el Capítulo X conforma la línea divisoria de los dos hemisferios presentes en el polémico Título XIII. Se muestra a su vez partidario de incluir entre los delitos socioeconómicos tanto los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social como los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Por lo que respecta a los delitos de insolvencia punible, los caracteriza metafóricamente por como <<la bisagra entre los delitos patrimoniales y los que reciben la consideración de delitos económicos>>¹⁸⁶. Con todo, la balanza se inclina hacia la vertiente patrimonial, ya que finalmente se decanta por la naturaleza patrimonial, a su juicio predominante en los delitos de insolvencia¹⁸⁷. Partidario de la concepción mixta del patrimonio, entiende que

¹⁸⁵ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 67.

¹⁸⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir)/ MORALES PRATS, F., (Coord), Aranzadi, Cizur Menor 2007, p. 702.

¹⁸⁷ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (2007), cit., p. 702. Debe indicarse, sin embargo, que en publicaciones posteriores a la citada el autor hace referencia a los delitos de insolvencia como figuras delictivas pertenecientes a la categoría de los delitos económicos. Aún siendo así ha de mantenerse lo expuesto sobre el esquema que maneja el autor. Las razones que justifican esta determinación son varias. En los trabajos en los que QUINTERO califica a los delitos de insolvencia punible como delitos económicos, éstas no son el objeto de análisis de la publicación sino que simplemente se nombran a modo de ejemplo. El autor simplemente menciona el hecho de que las insolvencias punibles son delitos económicos sin entrar en mayores explicaciones. Añade QUINTERO que en estos delitos se aprecian rasgos

lo que se lesiona con los delitos de insolvencia son los bienes y derechos de una persona particular. Por el hecho de tratarse de delitos patrimoniales el perjuicio viene representado por la mengua de ese patrimonio. Por lo demás, reconoce y admite la posibilidad de que los fenómenos de insolvencia que revistan cierta trascendencia pueden producir graves problemas económicos, pero ello no supone, a su juicio, alterar la naturaleza patrimonial del delito¹⁸⁸. En su análisis, QUINTERO contrapone los delitos de insolvencia frente a los delitos societarios y los delitos contra los consumidores, tipos penales a los que sí considera delitos socioeconómicos. En el caso de los delitos societarios no duda en afirmar que se trata de delitos genuinamente económicos, puesto que aunque los bienes jurídicos protegidos en las distintas figuras se caractericen por ser individuales, ello no empaña su consideración metaindividual¹⁸⁹. Así, los delitos societarios operarían como <<barreras de contención>> para evitar daños a intereses múltiples como la competencia, el mercado o el sistema crediticio. Todo ello pondría de manifiesto la importancia del correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles en el sistema económico y la repercusión que éstas tienen en su desarrollo.

La razón por la que se ha decidido mencionar la contraposición entre los delitos societarios y los tipos de insolvencia no es otra que la idea de que lo que QUINTERO OLIVARES predica de los delitos societarios es plenamente, a su vez, trasladable a los delitos de insolvencia. Es más, como seguidamente se expondrá, existe un paralelismo entre ambas familias delictivas, que lejos de contraponerlas, las acerca y pone de manifiesto sus semejanzas. Debe señalarse que el propio autor afirma con respecto a las insolvencias que la dimensión social de un delito no debe afectar a su naturaleza jurídica¹⁹⁰ y, sin embargo, en el caso de los delitos societarios es justamente la dimensión metaindividual la que les atribuye la naturaleza socioeconómica. Paradójicamente, en el caso de los delitos societarios

patrimoniales y apunta, además, la posibilidad de excluir a los delitos de alzamiento de la categoría de los delitos económicos. En definitiva, el citado autor no parece adoptar en este trabajo una posición realmente diferente a la inicialmente expuesta, o al menos la falta de desarrollo de la materia no permite establecer un cambio en su tesis sobre la naturaleza jurídica de las insolvencias punibles. Véase **QUINTERO OLIVARES, G.**, *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, cit, p. 88.

¹⁸⁸ Vid. **QUINTERO OLIVARES, G.**, “Las insolvencias punibles en el Derecho penal español”, cit., pp. 497 y ss.

¹⁸⁹ Cfr. **QUINTERO OLIVARES, G.**, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (2007), cit., p. 885.

¹⁹⁰ Vid. **QUINTERO OLIVARES, G.**, “Las insolvencias punibles en el Derecho penal español”, cit., p. 498.

QUINTERO no duda en utilizar el criterio de la afectación a la dimensión social para clasificarlos como genuinos delitos socioeconómicos.

Una variación notable respecto de los esquemas hasta el momento expuestos la constituye la sistematización propuesta por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. Precisamente esta sistematización es la manejada en este trabajo para catalogar a los delitos de insolvencia como delitos socioeconómicos.

Retomando nociones básicas anteriormente expuestas¹⁹¹, la doctrina suele diferenciar al hablar del Derecho penal económico entre dos categorías, esto es, entre el Derecho penal económico en sentido estricto y el Derecho penal económico en sentido amplio.

A juicio de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, al primer grupo de delitos socioeconómicos pertenecen aquellos tipos penales que implican un atentado contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía. En el segundo grupo se incluirían las infracciones vulneradoras de bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico que, si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden de la dimensión puramente individual, trátense de intereses generales o de amplios sectores o grupos de personas¹⁹².

Claro está, en sintonía con estas afirmaciones, que las insolvencias punibles no pertenecen al primer sector del Derecho penal económico. La comisión de alguno de los tipos de insolvencia no afecta en modo alguno a la actividad interventora del Estado en la economía. La cuestión se reduce entonces a saber si es posible su inclusión en la segunda de las clasificaciones. Para ello uno de los recursos más efectivos es, como se ha repetido en innumerables ocasiones, la delimitación del bien jurídico protegido¹⁹³.

¹⁹¹ Vid. *supra*. el epígrafe II. 2 de este Capítulo Primero.

¹⁹² Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 95

¹⁹³ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 119 y ss, acerca de los criterios que permiten identificar la categoría de los delitos socioeconómicos, en la que el bien jurídico se presenta como el criterio más eficaz. Además puede verse PEDRAZZI, C., "El bien jurídico en los delitos económicos", en *La reforma penal: Los delitos socioeconómicos*, Ed. De Barbero Santos, Sección de publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid 1985, p. 282. También RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J-M., *El Derecho penal de la actividad económica*, cit., p. 63, afirma que los delitos económicos presentan bienes jurídicos específicos y precisamente ello permite distinguirlos de los delitos patrimoniales.

Tomando pues como base el criterio de bien jurídico protegido¹⁹⁴, y con el ánimo de realizar una sistematización más bien didáctica, en el presente trabajo se ha optado por la siguiente clasificación¹⁹⁵:

- Delitos económicos orientados a la tutela de un bien jurídico supraindividual general institucionalizado sin referente individual.
- - Delitos económicos orientados a la tutela de un bien jurídico supraindividual institucionalizado con referente patrimonial individual.
- - Delitos económicos orientados a la tutela inmediata del patrimonio individual y mediata de un bien colectivo.

Para explicar el significado de cada una de las categorías expuestas lo más adecuado será analizar un tipo delictivo perteneciente a cada una de ellas. Véanse pues los ejemplos seleccionados.

En el primer grupo de delitos económicos apuntado es necesario diferenciar la existencia, por un lado, del bien jurídico protegido en sentido técnico y, de otro, la presencia de un bien jurídico mediato¹⁹⁶. El ejemplo

¹⁹⁴ Vid. *supra*. el epígrafe. II. 2 de este Capítulo Primero. Como se apuntó anteriormente son varios los criterios que pueden servir a la identificación del delito económico. En este caso se ha optado por el bien jurídico protegido como principal indicador de la naturaleza socioeconómica de los delitos. Ahora bien, otros criterios diferentes pueden llevar a conclusiones semejantes. Así, GRACIA MARTÍN incluye dentro de los delitos socioeconómicos a los delitos de quiebra, entendiendo que ha de manejarse el criterio criminológico por el cual será delito económico en sentido amplio todo hecho delictivo realizado en el contexto y práctica de una actividad económica. Vid. **GRACIA MARTÍN, L.**, “¿Qué es la modernización del Derecho penal?”, cit., p. 364. El problema que plantea su posicionamiento es que incluye todo un abanico de delitos considerados como delitos pertenecientes al Derecho penal tradicional. Con ello se provoca una injustificada amplitud del concepto de delito económico, que podría llegar a vaciar el contenido de los delitos patrimoniales. Así por ejemplo, se incluirían como socioeconómicos los delitos de estafa o la apropiación indebida.

¹⁹⁵ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales”, cit., p. 413.

¹⁹⁶ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., pp. 158 y ss. Del mismo autor puede verse también “El delito de defraudación tributaria”, en *Revista penal*, Año 1, nº 1, Praxis, Huelva- Salamanca y Castilla-La Mancha, 1998, p. 56. Cuando se habla del bien jurídico protegido la doctrina acepta la diferenciación entre lo que se denomina bien jurídico protegido inmediato y mediato. El primero responde a la idea de bien jurídico protegido directamente, esto es, aquel interés que resulta tutelado en primer término o en sentido técnico. El bien mediato se vincula a la *ratio legis*, es decir, a las razones que llevan al legislador penal a criminalizar determinadas conductas. Sólo el primero de los intereses señalados debe ser abarcado por el dolo. A su vez, éste es el bien jurídico cuya puesta en peligro o lesión se requiere para la consumación del delito, pues es éste el bien jurídico que se incorpora al tipo de injusto. En este

seleccionado para este conjunto de delitos será el delito de defraudación tributaria del art. 305 del CP. Así, en este tipo penal el bien jurídico inmediatamente protegido es el patrimonio de la Hacienda Pública o el Erario público. El bien mediato se identifica como las funciones que el tributo está llamado a cumplir y, derivado de ello, no deja de protegerse sino el orden económico¹⁹⁷. En este sentido, la comisión del delito fiscal incide negativamente sobre aspectos tan relevantes en el orden socioeconómico como el ahorro, la inversión y la redistribución de la renta¹⁹⁸. Ahora bien, a pesar de la coexistencia de dos intereses jurídicamente protegidos, sólo el bien jurídico inmediato debe ser lesionado o puesto en peligro para apreciar la consumación del tipo y, consecuentemente, el dolo debe ir referido única y exclusivamente a éste.

En esta clase de delitos puede apreciarse el fenómeno bautizado por la doctrina como tipos delictivos con <<bien jurídico espiritualizado>>¹⁹⁹ o

sentido, cuando se realiza el estudio del contenido del injusto para clasificar a un delito como un tipo de lesión o de peligro se toma en consideración el bien jurídico protegido en sentido técnico. Por su parte, las funciones del bien jurídico mediato son distintas, a saber, servir de límite y orientación del *ius puniendi*, realizar un estudio sistemático y fijar la pena. La diferencia apuntada sobre bien jurídico mediato e inmediato es trascendente y ha de tenerse en cuenta a la hora de exponer las diferentes concepciones del bien jurídico en las insolvencias punibles. Cada tesis al respecto defiende su visión propia del bien jurídico inmediato o protegido en sentido técnico. Véase más extensamente el contenido del Capítulo Segundo.

¹⁹⁷ Debe advertirse de que en torno a la cuestión del bien jurídico protegido en este delito la doctrina no proporciona una respuesta unánime, por cuanto dos son principalmente las posturas adoptadas. De un lado estarían las tesis funcionales, de otro las patrimoniales. La definición adoptada en este trabajo sobre el bien jurídico se encuentra en consonancia con las teorías patrimonialistas seguidas entre otros por **TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 222. En la misma línea también se sitúa **SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J-L.**, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Edersa, Madrid 2002, p. 18. Como exponente de las tesis funcionalistas puede mencionarse a **PÉREZ ROYO, F.**, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de estudios fiscales, Madrid 1986, p. 64. También puede verse **GRACIA MARTÍN, L.**, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal*, Asociación española de asesores fiscales, Madrid 1990, p. 64.

¹⁹⁸ Vid. **MARTÍNEZ PEREZ, C.**, *El delito fiscal*, Montecorvo, Madrid 1982, p. 210.

¹⁹⁹ Vid. **RODRÍGUEZ MONTAÑES, T.**, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, CEJ, Madrid 1994, pp. 300 y ss. La citada autora también acoge la utilización de esta técnica cuando dice <<a través de estos delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado (...) se protegen bienes jurídicos supraindividuales en los cuales la tipificación de la lesión o concreta puesta en peligro es difícilmente imaginable, pues el menoscabo de tales bienes de carácter inmaterial se produce por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento>>. Así pues, el bien jurídico inmaterial sólo será lesionado o puesto en peligro ante la generalidad de la conducta. Y añade que <<se trata de proteger otros bienes cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica -la de recurrir a un

<<bien jurídico con función representativa>> y que, en el Código Penal puede localizarse en delitos económicos en sentido estricto como el del ejemplo utilizado. Así, cabe diferenciar entre un bien jurídico mediato que se caracteriza por tratarse de un bien colectivo inmaterial o institucionalizado - funciones que el tributo está llamado a cumplir o más ampliamente el orden socioeconómico- y un bien jurídico inmediato, que debe ser lesionado -el Erario público-. Uno y otro bien jurídico -mediato e inmediato- presentan naturaleza supraindividual y tutelan intereses generales y colectivos.

Algo semejante ocurre con el segundo grupo de delitos que conforman el esquema asumido en este asumido. También en estos delitos existe un bien jurídico protegido en primer término cuya naturaleza jurídica es supraindividual. Se trata en el común de los casos de un bien jurídico colectivo perteneciente a la categoría de los bienes jurídicos difusos. Como exponentes de esta categoría se pueden citar los delitos contra los consumidores -art. 281 a 283 del CP- y los delitos contra los trabajadores -art. 311 a 318 del CP-²⁰⁰.

Tomando como prototipo para la explicación del fenómeno que en ambas familias delictivas se reproduce, pueden ser analizados los delitos contra los consumidores. En estos tipos penales el bien jurídico se caracteriza por constituir un bien jurídico espiritualizado o institucionalizado de índole colectiva cifrado en el <<interés de los consumidores en el orden de mercado>>²⁰¹. Dicho bien institucionalizado es fruto de una abstracción

bien jurídico intermedio espiritualizado-, que estará justificada en la medida en que el bien protegido tenga la suficiente entidad como para ser merecedor de tutela penal>>.

²⁰⁰Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos-penales”, cit., p. 114 o **RUBIO LARA, P-A.**, *Parte Especial de Derecho penal económico español*, Dykinson, Madrid 2006, pp. 17 y 29.

²⁰¹ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “La protección penal de los consumidores en el ámbito de los delitos socio-económicos en el proyecto de Código Penal de 1994”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Universidad de Valencia, Valencia 1997, pp. 267 y 269. Del mismo autor puede verse “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos-penales”, cit., p. 416. En el mismo sentido puede verse en la doctrina portuguesa, **DOS REIS BRAVO, J.**, *A tutela penal dos interesses difusos*, Coimbra Editora, Coimbra 1997, p. 53, para quien en los delitos contra los consumidores el bien jurídico se caracteriza por su naturaleza colectiva y difusa. La protección del consumidor presenta una vertiente tanto individual como colectiva. Por un lado, ha de salvaguardarse al consumidor como persona que puede ver puesta en peligro o lesionada su integridad física, su salud o el derecho de propiedad. Dichos intereses son protegidos aplicando los tipos comunes del Código Penal. No se trata de un Derecho especial sino del Derecho <<clásico>> o <<nuclear>>. Por otro lado, y más allá de la dimensión individual, el consumidor forma parte de una colectividad con intereses propios. Dicha colectividad será protegida a través de los delitos económicos contra los consumidores, los cuales forman parte a su vez del Derecho <<secundario>> y <<accesorio>>. No obstante lo dicho, la configuración del bien jurídico como <<el interés de los consumidores en

conceptual, que se construye para englobar bienes jurídicos individualizables del grupo colectivo de consumidores, a saber, su patrimonio y su libertad de disposición²⁰².

La razón de elaborar tal bien jurídico institucionalizado o espiritualizado responde a la idea de que, determinadas actuaciones de los operadores en el mercado pueden resultar perjudiciales para determinados sujetos concretos -v. gr. los consumidores-, de forma que tanto su patrimonio como su libertad de disposición podrían verse afectadas. Por todo ello, y debido a la indeterminación del alcance de la acción realizada en el mercado y, siendo ésta susceptible de afectar a un grupo de sujetos *a priori* no determinado, se entiende que la puesta en peligro de los bienes individuales -patrimonio y libertad de disposición- supone ya una lesión del bien jurídico supraindividual.

En ciertos supuestos como el de los delitos contra los consumidores, los tradicionales delitos que protegen bienes jurídicos individuales no resultan operativos y ello, precisamente, por la indeterminación del peligro. Lo que se lesiona es el bien jurídico supraindividual, produciéndose entonces un adelantamiento de las barreras punitivas. En otras palabras, a través de la creación de estos delitos se castigan conductas potencialmente lesivas para bienes jurídicos individuales pertenecientes a un número indeterminado de sujetos incluidos, en este caso, en el colectivo de los consumidores²⁰³. Como expone MATA Y MARTÍN, <<nos encontramos ante una relación medial, en el sentido de que, conforme a los requisitos establecidos por el legislador para la particular figura del delito, la lesión o puesta en peligro del bien colectivo -intermedio- es medio o paso previo necesario para la lesión o puesta en peligro del bien individual>>.

el correcto orden de mercado>> y la afirmación de que en estos delitos existe un bien jurídico espiritualizado no son premisas compartidas por la totalidad de la doctrina. Vid. **CARRASCO ANDRINO, M-M.**, *La publicidad engañosa y el Derecho penal*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia 2000, p. 85, considera como bien jurídico del delito de publicidad engañosa los <<intereses individuales del consumidor>>. Frente a esta posición y en consonancia con la idea de un bien jurídico institucionalizado en los delitos de publicidad engañosa puede verse **BARONA VILAR, S.**, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo blanch, Valencia 1999, p. 641.

²⁰² Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “La protección penal de los consumidores en el ámbito de los delitos socio-económicos en el proyecto de Código Penal de 1994”, cit., p. 269. Siguiendo la opinión del anterior puede verse **PUENTE ABA, L-M.**, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Tirant lo blanch, Valencia 2002, p. 105.

²⁰³ En esta misma línea se sitúa **MATA Y MARTÍN, R.**, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada 1997, p. 32.

De todo lo dicho se comprende el porqué de la intitulación de estos delitos como <<delitos económicos orientados a la tutela de un bien jurídico supraindividual institucionalizado con referente patrimonial individual>>. Se trata en definitiva de tipos penales que presentan un bien jurídico supraindividual e institucionalizado, el cual ha sido creado a partir del intelecto y cuya razón de ser responde al intento de proporcionar protección a una serie de bienes jurídicos individualizables.

Finalmente, los delitos de insolvencia punible pertenecen, junto a otros delitos como los relativos a la propiedad industrial, al tercer grupo dentro de la clasificación expuesta inicialmente. En este tipo de delitos es posible distinguir, una vez más, entre un bien jurídico inmediato -el patrimonio- y un bien jurídico mediato -el correcto funcionamiento del sistema crediticio- o, si se prefiere, el orden socioeconómico en un sentido más amplio.

Recientemente GALLEGO SOLER, en su trabajo sobre el perjuicio patrimonial, ha expuesto que las insolvencias punibles, al igual que otros delitos como la falsedad contable en documentos de la sociedad del art. 290 del CP, han de ser incluidas en la categoría de los <<tipos penales con referente patrimonial individual mediatizado>>. Concretamente, en los delitos de insolvencia punible el patrimonio es concebido como <<derecho al cobro>> y, a su vez, contemplado como el elemento mediatizado²⁰⁴. A través de la lesión del interés mediatizado se consigue perturbar el bien jurídico supraindividual, sin que su lesión sea preceptiva. En este sentido, el legislador tiene en cuenta, al tipificar determinadas conductas, consideraciones de corte supraindividual. Dichas consideraciones sirven a la legitimación de la intervención penal desde el punto de vista de la justificación político-criminal, pero nada prejuzgan acerca del bien jurídico directamente tutelado. Así argumentado, los delitos de insolvencia presentan un bien jurídico protegido de corte individual hacia el que ha de ir dirigida la conducta lesiva. De esta forma, el bien jurídico supraindividual presente -orden socioeconómico- queda relegado a un segundo plano y responde únicamente a la idea de legitimación de la tipificación de la conducta.

En otras palabras, en los delitos de insolvencia lo que se protege es el patrimonio como bien jurídico único y tutelado directamente, o como dice GALLEGO <<estamos ante un referente inmediato que opera como único bien jurídico penal -el derecho de los acreedores al cobro de su obligación en

²⁰⁴ Vid. GALLEGO SOLER, J-I., *Patrimonio y perjuicio patrimonial*, cit., p. 77. Más extensamente y a propósito de los delitos de insolvencia puede verse en *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*, (Tesis doctoral), Universidad de Barcelona, 2002, pp. 560 y ss.

el patrimonio del deudor- y un referente mediato que sería la funcionalidad del sistema socioeconómico, que funciona todo lo más como *ratio legis* que justificaría la decisión política de la incriminación de la conducta>>²⁰⁵.

Como puede observarse, la teoría de GALLEGO muestra la utilidad de manejar clara y correctamente los conceptos de bien jurídico mediato e inmediato. Por lo que a las insolvencias punibles se refiere, con la sistematización propuesta lo que se hace es dotar de nombre propio a determinadas figuras delictivas que hasta épocas recientes presentaban una naturaleza controvertida.

La conclusión a la que se llega es que en los delitos de insolvencia el legislador ha optado por la protección de un único bien jurídico, a saber, el derecho de crédito que ostenta el acreedor frente al deudor. Simultáneamente y en una segunda instancia, el correcto funcionamiento del sistema crediticio o por extensión, el orden socioeconómico, se revelan como bien mediato²⁰⁶. De ello se deriva que, sin perjuicio de que en estos delitos se pueda apreciar la existencia de un bien jurídico supraindividual, su configuración típica tiene en cuenta un elemento patrimonial individual²⁰⁷. Por todo ello, el bien mediato supraindividual no debe ser abarcado por el dolo sino que su función es la de servir a la legitimación de la intervención penal como indicador de la lesividad o legitimidad en abstracto de la conducta.

Basta por ejemplo pensar en la tutela que se ofrece a los derechos económicos de los trabajadores. En consonancia con la argumentación dada,

²⁰⁵ Cfr. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*, cit., p. 549. En esta misma línea puede verse **HEFENDEHL, R.**, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, HEFENDEHL, R., (Ed), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2007, p. 183. Como afirma el autor alemán, los delitos de insolvencia están en condiciones de proteger la economía crediticia sólo en la medida en que se compongan de singulares acreedores y sus patrimonios. La tipificación de este tipo de delitos se sustenta sobre la protección anticipada del bien jurídico individual.

²⁰⁶ Debe dejarse claro que cuando se habla del patrimonio como bien jurídico intermedio o mediatizado, tal nomenclatura no debe ser confundida con otras denominaciones que responden a conceptos diferentes. Tal es, por ejemplo, el significado que como se verá atribuye TIEDEMANN a los bienes jurídico-penales intermedios. Vid. al respecto *infra*. el epígrafe II. 1- b) del Capítulo Segundo. También en la doctrina se maneja el término bien jurídico intermedio atribuyéndole diferentes significados. Vid. por ejemplo, **MATA Y MARTÍN, R.**, *Bienes jurídicos y delitos de peligro*, cit., p. 24. Su concepción del bien jurídico intermedio es más bien aplicable, según el esquema seguido en éste trabajo, a los delitos contra los consumidores. También **RODRÍGUEZ MONTAÑES, T.**, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., p. 300, adopta un concepto diferente que en el caso de este trabajo es aplicable a los delitos del primer grupo.

²⁰⁷ Cfr. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 77.

el bien jurídico protegido será el interés patrimonial de los trabajadores en el cobro de sus salarios, a la vez que subsiste un interés superior y colectivo identificado en el mantenimiento y continuidad de los puestos de trabajo. Es cierto, tal y como expone MUÑOZ CONDE, que la pérdida de puestos de trabajo es un hecho económico deplorable que, pese a su gravedad, no convierte al puesto de trabajo en un bien jurídico protegido en sentido técnico como sucede con el derecho de crédito²⁰⁸. Con todo y admitiendo esta afirmación del autor, la protección mediata de la seguridad y permanencia en el trabajo sustenta y justifica en este caso la tipificación de los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Por otro lado, tal y como se ha expuesto en anteriores ocasiones, reviste especial importancia la inclusión expresa por parte del legislador del crédito público como objeto de tutela penal. Así, el art. 257. 2º del CP prevé la aplicación del alzamiento de bienes tanto si la deuda impagada procede de una obligación pública como privada²⁰⁹. La tutela que se dispensa al crédito público -cantidades procedentes de tributos, cuotas de la seguridad social, sanciones administrativas o costas procesales- sirve de argumento a la idea de que los delitos de insolvencia punible sí son delitos socioeconómicos.

El crédito público forma parte del patrimonio de la Hacienda Pública por lo que se evidencia el carácter colectivo y supraindividual del bien jurídico²¹⁰. La naturaleza económica de estos delitos queda pues patente por razón de la citada inclusión. Esta decisión del legislador pone de manifiesto que el delito de alzamiento de bienes es un delito dirigido a la protección de los intereses de la colectividad y no sólo a los intereses privados e individuales de los acreedores. En este peculiar supuesto se crea un genuino delito económico en sentido estricto, esto es, el alzamiento de bienes referido al crédito público suscrito en favor de un ente público -v. gr. las deudas tributarias-. En tal caso, el bien jurídico protegido en sentido dogmático sí es

²⁰⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 78.

²⁰⁹ Vid. extensamente sobre esta inclusión el epígrafe IV. 2- a) del Capítulo Cuarto.

²¹⁰ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ FERRÉ OLIVÉ, J-C., *Todo sobre el fraude tributario*, Praxis, Barcelona 1994, p. 2. En la citada obra se hace referencia a que el patrimonio de la Hacienda pública se compone de bienes, valores y créditos de titularidad estatal y que sirven a la realización de determinados fines a favor de la comunidad. De ello se deriva que el patrimonio público está afecto a fines sociales y no particulares. Esta idea puede verse en SALVADOR CODERCH./ SILVA SÁNCHEZ, J-M., *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas, Madrid 1999, p. 122.

un bien jurídico supraindividual²¹¹ y de carácter económico. Su naturaleza jurídica es pues claramente socioeconómica desde el punto de vista del Derecho penal económico en sentido estricto.

En conclusión a todo lo dicho, cuando lo que se tutela es el crédito privado el tipo penal de insolvencia se revela como un delito socioeconómico en sentido amplio o impropio. Se identifica como bien jurídico protegido en sentido técnico el derecho de crédito del acreedor, permaneciendo el orden socioeconómico como el referente mediato. De todo ello cabe concluir que, por lo general, el bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia se caracteriza por ser un interés jurídico patrimonial e individual. La naturaleza de bien jurídico patrimonial se justifica por el hecho de que lo que se protege es uno de los elementos integrantes del patrimonio, esto es, el derecho de crédito. Por su parte, el carácter individual de dicho bien le viene dado por causa del sujeto pasivo del tipo penal, es decir, por el acreedor titular del crédito. La excepción a este carácter patrimonial e individual de los delitos de insolvencia la conforma el supuesto de impago de créditos públicos, pues el sujeto pasivo del tipo penal será la colectividad²¹² y el bien jurídico protegido presentará naturaleza supraindividual -el patrimonio público-. Dicha excepción permite afirmar que existe una dualidad de delitos de insolvencia punible, a saber, los delitos socioeconómicos de insolvencia punible en sentido amplio e impropio y el delito socioeconómico de insolvencia punible en sentido estricto.

²¹¹ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, en *Estudios penales y criminológicos XXIV*, Santiago de Compostela 2004, p. 457. La misma idea la sostiene en su obra *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 43.

²¹² Vid. *infra*. epígrafe IV. 2 -b) del Capítulo Cuarto.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

I. Consideraciones generales.

Es imprescindible aclarar y fijar un punto de partida desde el que empezar a elaborar una visión propia de los delitos de insolvencia punible y, más concretamente, de los delitos de alzamiento de bienes. Para ello debe analizarse el bien jurídico protegido y utilizarlo como criterio de interpretación²¹³.

Como ya se ha dejado patente en el capítulo anterior, sostener un concepto u otro del interés tutelado en los delitos de insolvencia sirve para

²¹³ Como exponen en la doctrina italiana MANGANO o COCCO, el criterio del bien jurídico es insustituible desde la óptica de la interpretación de la norma. Vid. **MANGANO, P.**, *Disciplina penale del fallimento*, Giuffrè, Milano 2003, p. 11 o **COCCO, G.**, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 70. A su vez, el bien jurídico no sólo sirve para fijar el objeto de protección, sino también para constatar la vigencia y necesidad de protección de dicho objeto. Vid. esto último en **BUSTOS RAMÍREZ, J.-J./ HORMAZÁBAL MALARÉE, H.**, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Trotta, Madrid 2006, p. 179. Según **MIR PUIG, S.**, *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona 2004, p. 169, las funciones básicas del bien jurídico serían: la función de servir como límite al legislador, la función sistemática, la función de guía de la interpretación y la función de criterio de medición de la pena. Como explica **QUINTERO OLIVARES**, tras superarse la idea de que el delito implicaba la infracción de un deber se pasó a exigir la precisión del objeto de la tutela penal llegando a establecerse como eje central la protección de los bienes jurídicos. La función del Derecho penal consiste desde entonces en proteger dichos bienes jurídicos frente a los ataques más graves. Ahora bien, determinar cual es el bien jurídico protegido en los conocidos como delitos tradicionales -v. gr. el asesinato o el robo- no es una operación que entrañe excesiva dificultad; no obstante, más allá de dichas figuras tradicionales fijar el objeto merecedor de tutela penal no resulta sencillo. En este sentido afirma el citado autor que en ciertos tipos penales como los delitos contra el medio ambiente o los delitos socioeconómicos resulta abrumador comprobar que no es fácil discernir cual es el bien jurídico protegido. Vid. estas ideas en **QUINTERO OLIVARES, G.**, *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, cit., p. 147.

fijar aspectos de relevante importancia, tales como la naturaleza jurídica que presentan -patrimonial o socioeconómica-, o el contenido del injusto entre otros.

Partiendo de esta base, ha de decirse que la práctica totalidad de la doctrina y jurisprudencia penales coinciden en la idea de que el bien jurídico común a todos los delitos de insolvencia punible es <<el derecho de crédito que ostentan los acreedores>>²¹⁴. Más específicamente, el interés jurídicamente protegido se definiría como <<el derecho de crédito del acreedor o acreedores, concretado en el derecho a la satisfacción que tienen sobre el patrimonio del deudor en caso de que éste incumpla sus obligaciones, como contrapartida del deber que tiene el deudor de responder en caso de incumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros

²¹⁴ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 64 y ss o, del mismo autor, “El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes”, en *Empresa y Derecho II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, p. 237. Igualmente, **VIVÉS ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, en *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 520, **GONZALEZ CUSSAC, G.**, “Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003”, en **HERNÁNDEZ MARTÍ, J.**, (Coord), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo blanch, Valencia 2004, pp. 648 y 650, **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, en *Derecho Penal Español. Parte Especial* (2005), cit., p. 547, **GONZÁLEZ PASTOR, C-P.**, “La insolvencia punible, modalidades previstas en el Código Penal de 1995, en la reforma del mismo y la incidencia en esta materia de la nueva Ley Concursal”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 3, marzo 2004, p. 12, **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, **BOIX REIG, J.**, (Dir), Iustel, Madrid 2008, p. 75, **MAGRO SERVET, V.**, “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, en *Aspectos penales de la nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, p. 208, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, Colex, Madrid 1997, p. 35, **CERES MONTES, J-F.**, “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 279, **CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M.**, (Dirs), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2004, p. 865 o **SOTO NIETO, F.**, “La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes”, en *La Ley*, nº 4, 2001, p. 2187. Esta misma idea se sostiene en la doctrina italiana y respecto de los delitos de bancarrota por **CONTI, L.**, *I Reati Fallimentari*, cit., p. 94, **PALAZZO, F-C./ PALIERO, C-E.**, *Commentario breve alle Leggi Penali Complementari*, Cedam, Padova 2003, p. 852, **PEDRAZZI, C./ ALESSANDRI, A./ FOFFANI, L./ SEMINARA, S./ SPAGNOLO, G.**, *Manuale di Diritto Penale dell'impresa*, cit., pp. 103 y 104 o **PUNZO, M.**, *Il delitto di Bancarrota*, cit., p. 28. La evolución de esta opinión mayoritaria puede verse en **CARRERI, C.**, *I reati di bancarrota*, Giuffré, Milano 1993, pp. 1 a 8. Aunque la citada autora no se posiciona directa y expresamente, parece acercarse más a las tesis patrimonialistas que a las socioeconómicas, ya que identifica como sujetos pasivos del delito a los acreedores. En la doctrina alemana puede verse la opinión de **MERKEL, A.**, *Derecho Penal, Tomo II*, Analecta Editorial, Pamplona 2003, p. 69. Ejemplo de esta visión en la doctrina portuguesa lo constituye **CAEIRO, P.**, *Sobre a natureza dos crimes falênciais*, cit., p. 19 o, del mismo autor, “Crimes contra o patrimonio”, en *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo II*, **DE FIGUIEREDO DIAS, J.**, (Dir), Coimbra Editora, Coimbra 1999, p. 417. Respecto de la opinión jurisprudencial puede verse la STS de 11 de marzo de 2002 o la STS de 27 de abril de 2000. En esta misma línea en la jurisprudencia de los tribunales menores puede verse la SAP de Valencia de 7 de febrero de 2001 y SAP de Sevilla de 1 de febrero de 2001.

con base en art. 1.911 del Código Civil>>²¹⁵. En el momento en el que dos o más sujetos se unen mediante un vínculo obligacional se constituye una relación bipolar constituida por el crédito y la deuda²¹⁶. Respecto del deudor, el hecho de contraer una deuda implica la adquisición de la responsabilidad patrimonial de cumplir con ella²¹⁷. Simultáneamente, el acreedor se transforma en titular del derecho de cobro. Este derecho de cobro se asegura a través de la garantía patrimonial que ofrece el patrimonio del deudor y las normas civiles y mercantiles. Sólo si estas garantías resultan insuficientes debe acudir al Derecho penal y a la aplicación de los delitos de insolvencia, es decir, a las normas penales que directamente protegen el derecho de crédito de los acreedores²¹⁸. Así las cosas, el Derecho penal actúa frente al impago de los créditos cuando éste se deriva de la insolvencia <<autoprovocada>> de forma dolosa. El deudor que intencionadamente busca la frustración de los créditos para perjudicar a sus acreedores está sometido a la normativa penal, en tanto y cuanto su actuación es fraudulenta. Como ha dictaminado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, la provocación de la insolvencia fraudulenta entraña una burla del orden jurídico estatuido para la defensa de los intereses de los acreedores.

La línea divisoria entre los delitos de alzamiento de bienes y los delitos concursales viene determinada por la existencia de un procedimiento concursal. En el momento en que se declara el concurso, se produce una agrupación de los intereses de los acreedores implicados e insatisfechos, de forma que se conforma una acción colectiva frente al deudor insolvente. Declarado el concurso, el patrimonio del deudor concursado podrá ser liquidado o conservado según proceda²¹⁹. En esta tesitura, y como consecuencia de identificar, en unos y otros delitos, el derecho de crédito

²¹⁵ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 64.

²¹⁶ Vid. Díez-Picazo, L./ Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid 2001, p. 119.

²¹⁷ Vid. Albaladejo, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Bosch, Barcelona 2002, p. 16.

²¹⁸ Vid. Conti, L., *I Reati Fallimentari*, cit., p. 83.

²¹⁹ Vid. Uría, R., *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid 2002, p. 1017. Como explica el autor, mientras la economía y actividad del empresario se desarrolle correctamente sus acreedores gozan de suficientes garantías para la satisfacción de sus créditos. Así, en tales circunstancias se puede acudir a la ejecución individual y aislada de los créditos, practicándose en su caso los embargos oportunos. Sin embargo, ante una situación de crisis económica -insolvencia- por la que el empresario deudor no puede hacer frente al pago de las obligaciones contraídas las ejecuciones individuales se sustituyen por procedimientos colectivos que tutelan los intereses de todos los acreedores sobre la base de la comunidad de pérdidas y del tratamiento igualitario -*par conditio creditorum*-. Las acciones individuales se sustituyen entonces por una acción conjunta que a todos los acreedores en una colectividad o consorcio denominado <<masa>>.

como objeto de la tutela penal, es claro que el bien jurídico protegido se revela entonces como un bien jurídico individual²²⁰.

Como suele suceder, frente a esta concepción mayoritaria se levantan voces de crítica que entienden que lo que penalmente se protege en los delitos de insolvencia es algo diferente al derecho de crédito. Frente a la opinión de la doctrina dominante, un sector minoritario sostiene que el bien jurídico protegido no es sino <<el correcto funcionamiento del sistema crediticio>>. El resultado de tales afirmaciones es la configuración de un bien jurídico de corte supraindividual. Se defiende la idea de que <<la insolvencia punible pone en jaque no el patrimonio concreto de los directamente afectados sino el sistema de relaciones económicas en general y del sistema de crédito en particular>>²²¹. Así entendido, y como expone QUERALT JIMÉNEZ, en el análisis de estos delitos <<ha de primar la vertiente de burla del sistema de crédito más que la de la defraudación patrimonial concreta>>²²². Al mismo tiempo, a la hora de fijar el bien jurídico protegido, los seguidores de esta tesis no distinguen entre los delitos de alzamiento de bienes en sus diferentes modalidades y los delitos concursales. Consecuentemente, identifican en todos ellos un bien jurídico protegido en sentido técnico caracterizado por su naturaleza jurídica supraindividual.

Este bien jurídico supraindividual se encuentra íntimamente unido al funcionamiento de la economía y, en general, al orden socioeconómico²²³. En este sentido, el <<sistema crediticio>> se presenta como uno de los ejes fundamentales de la economía²²⁴. Las transacciones económicas se ven

²²⁰ Junto a los tradicionales bienes jurídicos individuales o personales en los que el sujeto pasivo se identifica con una determinada persona, se encuentran los bienes jurídicos supraindividuales en los que el sujeto pasivo viene representado por la sociedad en general o un grupo determinado de sujetos. En el primer caso se está ante bienes jurídicos colectivos, y en el segundo ante bienes jurídicos difusos. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 164.

²²¹ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J.-J., *Derecho Penal. Parte Especial*, Bosch, Barcelona 1996, p. 569.

²²² Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J.-J., *Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona 2008, p. 700.

²²³ Debe indicarse que las tesis que en España defienden la naturaleza supraindividual del bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia identifican mayoritariamente al <<sistema crediticio>> como dicho bien jurídico. No obstante, es posible localizar en otros países partidarios de un bien jurídico también de corte supraindividual, aunque diferente. En este sentido, en Italia, opina MANGANO que el bien jurídico que se protege es la empresa o, lo que para él es lo mismo, la actividad productiva. De esta forma, entiende el citado autor que se protegen simultáneamente intereses públicos y privados. Vid. MANGANO, P., “Impresa e bene giuridico nei reati fallimentari”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia*, Cedam, 1994, pp. 419 y 422.

²²⁴ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., “Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1990, p. 54.

agilizadas a través del crédito de forma que los operadores económicos se sirven de él para funcionar en el mercado. El aplazamiento de los pagos y las formas en que puede llegar a efectuarse ocupan de esta manera un destacado lugar en el funcionamiento del sistema económico en general²²⁵.

Sumándose a las propuestas anteriores y adoptando una postura intermedia, otro sector doctrinal y parte de la jurisprudencia sostienen que en los delitos de insolvencia cabe hablar de delito pluriofensivo. El argumento central sobre el que se articula esta tesis nuevamente minoritaria es aquel por el cual <<el fiel cumplimiento de las obligaciones interesa no sólo a los concretos acreedores sino al sistema socioeconómico en general>>²²⁶.

Con todo, y a pesar de las diferencias obvias entre unos y otros, todas las tesis citadas hasta el momento -patrimonialistas, partidarios de bien supraindividual o defensores de la existencia de varios bienes jurídicos afectados- parten de la idea de que es posible hablar de un bien jurídico común a todos los delitos de insolvencia. Ello se traduce en la apreciación de rasgos genéricos en todos los delitos, de forma tal que es posible hablar de una única familia delictiva. El elemento de unión entre todos los delitos es la protección del derecho de crédito que, según el tipo que se analice, puede manifestarse de formas diversas. Así por ejemplo el art. 259 del CP referido al favorecimiento de acreedores presenta como bien jurídico protegido el principio de la <<par conditio creditorum>>²²⁷ que rige una vez que se ha

²²⁵ Vid. **BUSTOS RAMÍREZ, J.**, *Manual de Derecho penal*, Ariel Derecho, Barcelona 1986, p. 314.

²²⁶ Cfr. **JORDANA DE POZAS, L.**, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, CONDEPUMPIDO FERREIRO, C., (Dir), Trivium, Madrid 1997, p. 2849. En el mismo sentido puede verse **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A.**, (Dir), *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, Ministerio de Justicia, Madrid 2004, p. 610. En la jurisprudencia véase la STS de 27 de noviembre de 2001, en la que el Alto Tribunal se pronuncia diciendo que <<el delito de alzamiento de bienes constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevista en el art. 1.911 del C.c, y de otro el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio>>. En la jurisprudencia de las audiencias provinciales ver la SAP de Alicante de 1 de octubre de 2002. Similar es la opinión de parte de la doctrina italiana. Así, los conocidos como <<reati fallimentari>>, recogidos por largo tiempo en la Legge Fallimentare, son calificados por DI AMATO como delitos pluriofensivos, que lesionan una pluralidad de intereses jurídicos relevantes. Entre estos intereses dotados de relevancia deben destacarse el desarrollo de la economía pública, la integridad del patrimonio del quebrado y el interés de los acreedores. Según el autor, el hecho de que el consentimiento del acreedor no elimine el delito es prueba de que la incriminación de estas conductas responde a la protección de intereses situados más allá de la esfera individual. Vid. **DI AMATO, A.**, *Diritto Penale dell'impresa*, Giuffré, Milano 2003, p. 197.

²²⁷ Vid. **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de quiebra*, cit., p. 66. De la misma opinión se muestra el citado autor en "Los delitos contra el patrimonio en la reforma penal de 2003", en *Las últimas reformas penales*, cit., p. 229. Asimismo véase **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de*

iniciado el procedimiento concursal. Se trata, pues, de un delito que sanciona el incumplimiento de las normas del concurso²²⁸, las cuales aseguran un orden en la satisfacción de los créditos y una igualdad de trato a los acreedores²²⁹. Este principio de paridad se configura así como una de las manifestaciones del derecho de crédito distintas del principal derecho de cobro. El acreedor como tal, puede exigir que se respete este principio en caso de concurrencia con el resto de los acreedores.

No obstante lo dicho, es posible encontrar en la doctrina moderna partidarios de una idea contraria, es decir, detractores del bien jurídico común y defensores de un esquema dual. El punto de escisión con las tesis anteriores lo marca la negación del bien jurídico común y la proclamación de una dualidad de bienes protegidos. De esta opinión se muestra en la doctrina española NIETO MARTÍN quien, situándose en el plano de *lege ferenda*, propone identificar una duplicidad de bienes jurídicos según el delito de que se trate. Así, mientras que los delitos de alzamiento de bienes protegerían en primera instancia el derecho del acreedor a cobro de sus créditos, los delitos concursales tutelarían el sistema crediticio y su funcionamiento²³⁰. Como puede observarse, se trata de una posición ecléctica respecto de las anteriormente enumeradas, que conjuga la doble perspectiva patrimonial y socioeconómica, renunciando a la unificación de todas las figuras bajo un mismo bien jurídico protegido.

Teniendo presentes estas premisas básicas y el esquema de las diferentes tesis, corresponde entrar en materia analizando unas y otras con mayor detenimiento. De su análisis se descubrirá como las aparentes diferencias no son tan acentuadas como en principio parece. En ocasiones el punto de arranque puede ser diferente pero no implica indefectiblemente que el punto de llegada no pueda coincidir.

insolvencia punible del art. 260 Cp a la luz del nuevo Derecho concursal. Aspectos penales y civiles, Tirant lo blanch, Valencia 2005, p. 34. En la doctrina italiana donde también se tipifica esta conducta puede verse **COCCO, G.**, *La bancarotta preferenziale*, cit., p. 87.

²²⁸ Vid. concretamente **CUGAT MAURI, M.**, “El impacto de la nueva Ley Concursal en el delito de quiebra”, cit., p. 3.

²²⁹ Vid. **MORENO VERDEJO, J.**, en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, SERRANO BUTRAGUEÑO, I., (Coord), Comares, Granada 1998, p. 1282.

²³⁰ Vid. **NIETO MARTÍN, A.**, “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 779.

II. Análisis de las diferentes posturas.

II. 1- Partidarios del bien jurídico supraindividual.

a) Carrara y Pagliaro: La protección de la <<fe pública>> y del <<ordenado ejercicio del comercio>>.

Los orígenes de la configuración de un bien jurídico protegido colectivo o supraindividual en los delitos de insolvencia se remontan a las teorías expuestas por CARRARA y PLAGIARO en la doctrina italiana.

En opinión del primero, el bien jurídicamente protegido en estas figuras sería <<la buena fe pública y la confianza en las transacciones comerciales>>. En definitiva, la protección del comercio o, lo que es lo mismo, la defensa de la confianza social necesaria para el tráfico del comercio sería, a su juicio, el interés jurídicamente protegido.

En esta línea, entiende CARRARA que, por su posición en la sociedad, el comerciante debe proceder con una conducta basada en la buena fe. Esta buena fe debe materializarse en actuaciones dotadas de una especial autenticidad y veracidad, denominándose entonces buena fe pública²³¹. Si el comerciante provoca su propia insolvencia frustrando el cobro de los créditos frente a sus acreedores, su actuación lesiona la confianza requerida en las transacciones mercantiles. Según CARRARA, si el crédito es sinónimo de confianza²³² su impago fraudulentamente provocado repercute inevitablemente en el comercio en general. Visto así, lo que se lesiona no es el derecho de crédito del acreedor sino la quiebra de la confianza exigida en las operaciones que realizan en el mercado. La necesidad de mantener esa confianza, que sustenta las relaciones comerciales, va más allá de lo individual y de lo patrimonial, proyectándose entonces sobre un interés colectivo superior.

²³¹ Cfr. **CARRARA, F.**, *Programa de Derecho criminal. Parte Especial, Vol. VII*, Temis, Bogotá, Buenos Aires 1977, p. 53. En la obra citada se expone brevemente la evolución del comercio desde su nacimiento hasta el momento en que los comerciantes necesitan del crédito como medio necesario para las operaciones que llevan a cabo en el tráfico mercantil. El autor identifica el crédito con el término <<confianza>> y concretamente dice <<el crédito, o sea la creencia en la honradez, se volvió alma, sangre y vida del comercio en los pueblos cultos, de suerte que quien privase de esa confianza al comercio, lo convertiría en un cadáver, en una reminiscencia histórica>>.

²³² Véase el concepto de <<fe pública>> manejado por el autor italiano en **CARRARA, F.**, *Programa de Derecho criminal. Parte Especial, Vol. VII*, cit., p. 3.

Así las cosas, el verdadero bien jurídico protegido es el interés que tiene la sociedad y los comerciantes en que el comercio en el que realizan sus transacciones y negocios funcione de forma adecuada y correcta²³³. La afectación a la dimensión social que estos delitos llevan aparejada implica su naturaleza supraindividual y permite, como sostiene CARRARA, incluir a los delitos de bancarrota en la categoría de los <<delitos sociales>>²³⁴.

Con todo, y más allá de la lógica y vigencia que esta tesis tenía en su momento, actualmente esta teoría resulta inoperante y desfasada. Al menos así sucede desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español²³⁵. Debe tenerse presente que, según la redacción actual de Código Penal, pueden ser autores de un delito de insolvencia punible tanto comerciantes como no comerciantes, por lo que la protección del comercio y la buena fe pública en las actuaciones que en él se llevan a cabo no parece ser el bien jurídico protegido²³⁶. Claro está, que las nociones de crédito, comercio, comerciante y

²³³ CARRARA, tras exponer la forma en que nace el comercio y dotar al crédito de una importancia vital para éste, sitúa al comerciante en una posición central de forma que puede considerarse a los comerciantes como <<personas públicas>>. El comercio forma parte de la sociedad y se basa en la confianza, en el crédito, por lo que <<mantener el respeto a esa confianza no es interés tan sólo de unos particulares, sino de toda la sociedad>>.

²³⁴ Vid. CARRARA., F., *Programa de Derecho criminal. Parte Especial, Vol. VII*, cit., p. 54.

²³⁵ La razón que justifica esta matización es que a diferencia de ordenamientos como el español, en Italia sólo es posible la comisión de delitos de insolvencia por parte de los comerciantes o empresarios. La norma que en Italia regula la insolvencia - Legge Fallimentare, r.d 16 de marzo 1942, Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'administrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa- únicamente es aplicable al <<imprenditore>>, es decir, al empresario. En los tipos penales que la Legge Fallimentare tipifica se especifica que solamente el <<imprenditore dichiarato fallito>> puede ser considerado sujeto activo y autor de los estos delitos. La excepción a esta norma viene dada por la posibilidad de que comentan el tipo penal otros sujetos diversos del <<fallito>>, tales como los miembros de los órganos necesarios para la puesta en marcha de los procedimientos previstos para el tratamiento de la insolvencia - v. gr. el <<curatore>>. Así las cosas, el argumento dado en el texto principal del porqué de la inoperatividad de la tesis carrariana podría ser rebatido desde el Derecho italiano. No obstante esto último, lo cierto es que no existen en la actualidad autores en la doctrina italiana que sigan la teoría de la <<fe pública>> como bien jurídico protegido, o al menos no tal y como el autor la expuso en su momento.

²³⁶ Vid. esta crítica en MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 56. También puede verse GÓMEZ PAVÓN, P., "Las insolvencias punibles en el actual Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 64, Madrid 1998, p. 38. El anterior Código Penal sí distinguía entre los sujetos comerciantes y no comerciantes. La pena prevista para los primeros era superior ya que también su capacidad de endeudamiento es superior. Consecuentemente, sus actuaciones en el mercado entrañan un riesgo mayor y se revisten de una especial confianza. Tales apreciaciones pueden verse en la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 12 de septiembre de 1990, donde éste se pronuncia diciendo <<el Código Penal establece un subtipo agravado o tipo cualificado cuando el alzado tiene la condición de comerciante, ya que la especial confianza pública que

tráfico mercantil han evolucionado notablemente y se manifiestan hoy por hoy de forma diferente con respecto a la época en la que CARRARA sitúa los delitos de bancarrota²³⁷. No obstante lo dicho, la mención que hace el autor a estos conceptos resulta interesante como punto de partida para el análisis de las teorías que identifican un bien jurídico supraindividual como único bien jurídico directamente protegido en los delitos de insolvencia. Unos y otros coinciden en la idea de que la sociedad es sujeto pasivo del delito y configurarían, por tanto, un bien jurídico colectivo. La idea del crédito como término sinónimo de <<confianza>> será retomada por determinados autores en el desarrollo de sus tesis propias.

Por su parte, entiende PAGLIARO que el bien jurídico protegido viene representado en estos delitos por el ordenado ejercicio del comercio²³⁸. En este sentido, y según el autor, los delitos de bancarrota tutelan el sistema capitalista y el funcionamiento de las empresas que actúan en él. Así lo pondría de manifiesto el hecho de que solamente el deudor comerciante pueda ser sujeto activo de estos delitos²³⁹. Esta idea de protección del comercio se remonta ya a la época del Medievo, puesto que ya entonces los delitos de bancarrota estaban dirigidos a la tutela de la economía pública y a la ejecución de las relaciones comerciales.

Pues bien, las críticas expuestas a la tesis carrariana son perfectamente aplicables a esta nueva configuración supraindividual del bien jurídico. Y, además, sucede que esta visión se encuentra con el problema de la indefinición del daño producido con la conducta delictiva. Como expone MANGANO, no toda bancarrota tiene la fuerza suficiente para afectar y turbar la economía pública²⁴⁰. Esta objeción será, precisamente, la crítica fundamental y más recurrente que se erija frente a las teorías supraindividuales y socioeconómicas. Como se expondrá a lo largo de este capítulo, la

inspiran y la mayor facilidad para sus actividades jurídico-mercantiles le confiere un *status* caracterizado por una mayor exigencia en las obligaciones contraídas, que explica el mayor rigor penal>>. En la doctrina véase **RAMOS RUBIO, C.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., pp. 26 y 29, quien además explica que uno de los posibles factores que han motivado la eliminación de la distinción entre comerciantes y no comerciantes es la creciente importancia del consumo y el endeudamiento privado.

²³⁷ Vid. **BUSTOS RAMIREZ, J.**, “Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra”, cit., p. 31.

²³⁸ Vid. **PAGLIARO, A.**, *Il delitto di bancarotta*, Palermo 1957, p. 28.

²³⁹ Vid. **PAGLIARO, A.**, “Problemi attuali del Diritto penale fallimentare”, en *Revista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, Cedam, Padova 1988, p. 520.

²⁴⁰ Vid. **MANGANO, P.**, *Disciplina penale del fallimento*, cit., p. 19.

abstracción e indefinición del bien jurídico <<economía pública>> u <<orden socioeconómico>> impide la constatación de la puesta en peligro o lesión de éste.

b) La protección del sistema crediticio y de la economía.

Más allá de las tesis ya expuestas, en la actualidad es posible encontrar opiniones doctrinales que también se decantan por la configuración de un bien jurídico supraindividual en los delitos de insolvencia punible. En la doctrina española ha de destacarse la opinión de BUSTOS RAMÍREZ y QUERALT JIMÉNEZ. En líneas generales, puede decirse que el planteamiento de ambos autores pivota sobre la idea de que el bien jurídico penal protegido en estos tipos penales es <<el correcto funcionamiento del sistema crediticio>>. Tales opiniones se acercan y se ven influenciadas por las teorías de TIEDEMANN sobre el delito de bancarrota en Alemania. Conviene, por tanto, analizar la tesis de este último. Así, para el autor alemán lo que se tutela a través de estos delitos es <<la funcionalidad del sistema crediticio, junto a los intereses patrimoniales del acreedor>>²⁴¹.

Para justificar esta teoría TIEDEMANN recurre al concepto de bien jurídico <<intermedio>>. A juicio del citado autor, en el Derecho penal es posible determinar la existencia de bienes jurídicos <<intermedios>>, es decir, la existencia de una categoría de bien jurídico penal cuya razón de ser se encuentra en la protección tanto de los intereses del Estado como de un agente económico individual o de los consumidores. Precisamente, un claro ejemplo de este tipo de bien jurídico intermedio podría encontrarse en el delito de bancarrota del Código penal alemán -§283 del StGB-. Concretamente, en este delito lo que se proteger es el <<sistema económico crediticio>>. Siguiendo a TIEDAMANN, dicho bien jurídico se revela por sí mismo como digno de protección penal sin necesidad de ir referido al concreto interés del acreedor perjudicado en el cobro de la deuda²⁴².

²⁴¹ Cfr. TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, Barcelona 1993, p. 218, WASSMER, M-P., “Sistemas penales comparados. Alemania”, en *Revista Penal*, n° 19, enero 2007, p. 180 o FISCHER, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Verlag CH. Beck, München 2008, p. 2072. De otra opinión se muestra HEFENDEHL, R., *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag KG., Köln-Berlin-Bonn-München 2002, p. 274 o, del mismo autor, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, cit., p. 185.

²⁴² Vid. en la doctrina española HORMAZÁBAL MALARÉE, H-M., “Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. Tiedemann*, Serie de Derecho público, Madrid 1995, p. 196. Parece coincidir HORMAZÁBAL con el autor alemán, por cuanto el primero dice <<el sistema crediticio (...) son relaciones sociales macrosociales cuya perturbación ponen en peligro el funcionamiento del modelo económico constitucional. Pero su

Rotundamente sentencia TIEDEMANN que <<sería incorrecto ver en el fraude crediticio como único bien jurídico el patrimonio del acreedor>>²⁴³.

Así las cosas, cabe concluir que en los delitos de insolvencia punible el bien jurídico protegido sería el <<sistema crediticio>> o la <<economía crediticia>> y no el concreto interés patrimonial del acreedor individual²⁴⁴. El bien jurídico intermedio <<sistema crediticio>> está necesitado de protección y ésta debe materializarse no sólo en el plano de *lege ferenda* sino también ser plasmada en la norma penal positiva²⁴⁵. Los bienes jurídicos a los que hace referencia TIEDEMANN son ya reconocidos extra-penalmente por otras ramas del Derecho. Por todo ello, y en síntesis, puede decirse que la propuesta del autor alemán supone elevar a la categoría de bien jurídico penal

protección implica también la protección de las relaciones microsociales que se realizan en el circuito económico>>.

²⁴³ Cfr. **TIEDEMANN, K.**, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, cit., p. 35. La teoría de los <<bienes jurídicos intermedios>> es pergeñada por el autor en respuesta a nuevas realidades en las que el Derecho penal es llamado a intervenir como fruto de la expansión del mismo. Precisamente en el ámbito del Derecho penal económico es donde esa expansión se manifiesta de forma más acusada. La localización de tales bienes jurídicos intermedios se daría en el ámbito del Derecho penal económico en sentido amplio para delitos dirigidos a la criminalización de conductas atentatorias simultáneamente contra intereses del Estado y de determinados sujetos tal y como sucede, por ejemplo, con los delitos contra los consumidores. En sentido técnico lo que se protege sería un bien jurídico supraindividual sin necesidad de referirlo a bienes jurídicos individuales y ello siempre teniendo en cuenta que se habla de delitos no incluidos en el ámbito del Derecho penal económico en sentido estricto. La teoría de TIEDEMANN ha sido criticada tanto en Alemania como en España, optándose mayoritariamente por entender que en sentido técnico no se puede hablar de un bien jurídico supraindividual sin ponerlo en relación con un bien jurídico individual. En los delitos contra los consumidores aunque el bien jurídico protegido tiene carácter supraindividual - el interés de los consumidores en el correcto funcionamiento del mercado- lo cierto es que en última instancia lo que se pretende preservar es en realidad un bien jurídico individual, normalmente el patrimonio de las personas. El motivo de recurrir a la creación de un bien jurídico supraindividual y más concretamente a un bien jurídico espiritualizado es la indeterminación del peligro que puede afectar a los bienes jurídicos individuales debido a la actuación de quienes actúan en el mercado. Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales”, cit., pp. 395 y ss. También **PUENTE ABA, L-M.**, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, cit., p. 104.

²⁴⁴ Coincidente con esta idea se muestra **FOFFANI, L.**, “Insolvencias punibles y delitos societarios”, en *Eurodelitos. El Derecho Penal Económico en la Unión Europea*, TIEDEMANN, K., (Dir), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003, p. 99. Asimismo y siguiendo expresamente la opinión de TIEDEMANN, puede verse **PALMA, M-F.**, “Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal”, en *Revista de Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXVI, Lisboa 1995, p. 402.

²⁴⁵ De la misma manera parece entenderlo **CANDIAN, A.**, “Della Bancarotta”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1935, pp. 205 y 219, para quien por el hecho de protegerse específicamente la economía crediticia debería crearse un título específico para estos delitos.

determinados bienes jurídicos protegidos en otros sectores del ordenamiento jurídico y concederles de esta forma autonomía en el ámbito de lo penal²⁴⁶.

Como se adelantó al inicio de este epígrafe, la teoría de TIEDEMANN es seguida en España por BUSTOS RAMÍREZ, al menos en lo que se refiere a la configuración de un bien jurídico penal supraindividual concretado en la protección del <<sistema crediticio>>²⁴⁷. En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ desecha la interpretación de tales delitos en clave patrimonial por considerarla inadecuada y desnaturalizadora del propio Derecho penal. A juicio del autor, entender que lo que se protege en los delitos de insolvencia es el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos supondría *a priori* <<considerar ilícito contraer deudas>>²⁴⁸. En esta línea, afirma que la visión microsocial -de defensa exclusiva del patrimonio- no es adecuada para garantizar la protección del sistema de mercado capitalista cuya eficacia y éxito depende en gran medida del buen funcionamiento del sistema crediticio. Por todo ello, protegiendo el <<correcto funcionamiento del sistema crediticio>>, eje fundamental de las transacciones económicas, se protegería tanto la economía global como los intereses particulares y los derechos

²⁴⁶ Vid. **MIR PUIG, S.**, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 129. Apunta la idea el autor de que el Derecho penal sólo protege bienes jurídicos, y debido a su carácter fragmentario y a los principios que le asisten, el concepto de bien jurídico en sí mismo es más amplio que el de bien jurídico-penal, caracterizado por su importancia fundamental y reducida a los casos de los ataques más reprochables. En este sentido dice <<un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en que afecten a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social. Y para que esos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídicos-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental>>.

²⁴⁷ Debe aclararse que BUSTOS RAMÍREZ sigue la línea de TIEDEMANN cuando habla de un bien jurídico supraindividual como sería el sistema crediticio, bien jurídico al que no califica como <<intermedio>>, pero que sin embargo parece coincidente con éste concepto. El propio autor, al referirse a la teoría de TIEDEMANN, indica que no comparte con éste la idea de que se protejan tanto intereses supraindividuales como individuales, y ello a pesar de que el alemán identifique como bien jurídico protegido el <<funcionamiento de la economía crediticia>>, bien jurídico que engloba unos y otros intereses. Rechaza tal <<operación sumatoria>> por considerar que llevan únicamente a la confusión en la tipificación. Así pues, en su visión particular de los delitos socioeconómicos BUSTOS RAMÍREZ concibe siempre el bien jurídico como un bien jurídico supraindividual, por lo que el <<correcto funcionamiento del sistema crediticio>> es considerado un bien jurídico colectivo por sí mismo merecedor de tutela penal. Siendo así y admitiendo la idoneidad de tal bien jurídico como bien jurídico penal no habrá problema en afirmar su aptitud para ser considerado como el interés jurídico directamente tutelado en los delitos de insolvencia y es en este punto en el que su particular visión converge con la propuesta del alemán.

²⁴⁸ Cfr. **BUSTOS RAMÍREZ, J.**, “Política criminal y bien jurídico protegido en el delito de quiebra”, cit., p. 36.

subjetivos²⁴⁹. En consecuencia, el autor parte de la premisa de que el bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia presenta naturaleza supraindividual y, al mismo tiempo, socioeconómica. De una opinión semejante en la doctrina italiana se muestra LA MONICA, para quien en los delitos de bancarrota se otorga una tutela del equilibrio económico que, a su vez y de forma mediata, implica también la salvaguarda de los derechos singulares de los acreedores. En su opinión, estos últimos son intereses protegidos pero subordinados, en todo caso, al interés superior de la sociedad, jurídicamente organizada, en la conservación del equilibrio económico²⁵⁰.

Argumentos semejantes son los que maneja QUERALT JIMÉNEZ para clasificar a los delitos de insolvencia punible como tipos penales socioeconómicos junto con los delitos contra los trabajadores o los delitos contra los consumidores. En la misma línea que BUSTOS RAMÍREZ, el primero afirma que los delitos de insolvencia presentan una dimensión colectiva destacada por cuanto las transacciones económicas necesitan estabilidad y confianza entre los agentes que operan en el mercado. Influenciado por las ideas carrarianas, QUERALT parte de la premisa de que esta necesaria confianza se deteriora paulatinamente con los fenómenos de la quiebra en especial y de las insolvencias en general. La tipificación de tales conductas busca de esta forma y en primera instancia dar respuesta a la <<exigencia del sistema de crédito que se basa en la fluidez de las operaciones y la confianza en el buen éxito de las mismas>>²⁵¹.

Desde la formulación de estas teorías han surgido opiniones discordantes, que niegan la verdad de estas afirmaciones. Frente a este sector minoritario, la doctrina dominante ha realizado una serie de reflexiones posicionándose abiertamente en contra. Es cierto, y en la doctrina comúnmente aceptado, que el fenómeno de las insolvencias repercute en el sistema económico y en el buen funcionamiento de las transacciones económicas. En este sentido, la insolvencia de las grandes sociedades ha generado y genera importantes efectos perjudiciales para la economía en general²⁵². Piénsese por ejemplo en el caso ENRON en Estados Unidos o la

²⁴⁹ Cfr. BUSTOS RAMIREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 313 y ss.

²⁵⁰ Vid. LA MONICA, M., en *Compendi Giuridici. Diritto Fallimentare*, cit., p. 1082.

²⁵¹ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J.-J., *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 700.

²⁵² Vid. CERES MONTES, J.-F., “La insolvencia punible”, cit., p. 1183 o CONTI, L., *I Reati Fallimentari*, cit., p. 89. Asimismo puede verse GONZÁLEZ MONTES, J.-L., *La calificación civil de la quiebra en el proceso civil*, cit., p. 16, para quien los efectos de la insolvencia se proyectan sobre la esfera económica, el tráfico crediticio y el ámbito social. En este último sentido utiliza como ejemplo de estos efectos la pérdida de puestos de trabajo provocada por la quiebra de la empresa.

insolvencia de PARMALAT en Italia²⁵³. Sin embargo, y a pesar de que el legislador penal haya tenido en cuenta este efecto colateral a la hora de tipificar las figuras de insolvencia, no parece adecuado entender que el bien jurídico protegido en estos delitos tenga una naturaleza distinta a la individual, al menos en el sentido de bien jurídico técnico o protegido en primer término²⁵⁴.

Partiendo de esta base, entender que lo que se busca preservar de forma inmediata con la penalización de esas conductas es el <<correcto funcionamiento del sistema crediticio>> supondría excluir de la esfera de actuación de las insolvencias punibles los fenómenos de alzamiento de bienes de poca entidad o las quiebras de escasa proyección. Ni los alzamientos menores, ni las pequeñas quiebras afectarían en modo alguno al sistema crediticio, esto es, no pondrían siquiera en peligro -ni mucho menos lesionarían- ese pretendido sistema crediticio. La consecuencia directa de

Diferencia, por otro lado, el posible perjuicio ocasionado al acreedor y puntualiza el cambio que se produce en el ámbito jurídico, esto es, la apertura de los procedimientos dirigidos a la tutela de la situación de insolvencia. Esta idea de perturbación de la economía está también presente en la doctrina extranjera. Puede verse como ejemplo la opinión de **ROCCO, A.**, *Il Fallimento: teoria generale e origine storica*, Giuffrè, Milano 1962, pp. 3 y 103. Para el citado autor, los procesos de insolvencia responden a un anormal funcionamiento del crédito, produciendo a su vez un daño a la economía en general. Asimismo puede verse, **ROVELLI, L.**, “La crisi dell’impresa fra tutela del credito e interessi generali”, en *Crisi dell’impresa e salvaguardia dell’azienda*, SCHIANO DI PEPE, G., (a cura di), Cedam, Padova 1995, p. 181.

²⁵³ Enron Corporation fue una empresa norteamericana constituida en 1985 y dedicada en sus inicios al sector de las energías. Posteriormente, Enron expandió sus actividades comerciales al sector de las comunicaciones. A mediados del año 2001, la Corporación proporcionaba empleo aproximadamente a 21.000 personas y era considerada una de las diez primeras empresas estadounidenses más productivas y exitosas en cuanto a la obtención de beneficios. No obstante, el éxito resultó ser meramente una apariencia pues Enron solicitó su bancarrota en Europa el 30 de noviembre y en los Estados Unidos el 2 de diciembre de 2001. Para un estudio más completo del caso Enron véase **GEIS, G.**, “El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Criminología*, BUENO ARÚS, F./ KURY, H./ RODRÍGUEZ RAMOS, L./ ZAFFARONI, E-R., (Dirs), Dykinson, Madrid 2006, pp. 317 y 318. Por su parte, Parmalat constituye el ejemplo europeo de empresa de ámbito mundial que tras una fase de gran auge económico terminó en fracaso. Parmalat, empresa italiana fundada por Calisto Tanzi en 1964 y suministradora de productos lácteos, atravesó en 2003 por una grave crisis económica que la llevó a una situación de insolvencia. En ese momento, Parmalat contaba con más de 30.000 empleados en 30 países e intereses económicos a nivel internacional. La crisis de Parmalat afectó tanto a los puestos de trabajo de los empleados, como a sus accionistas y acreedores.

²⁵⁴ Vid. al respecto **HEFENDEHL, R.**, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, cit., p. 184.

configurar el bien jurídico como un bien supraindividual limitaría en gran medida la aplicación real del tipo penal²⁵⁵.

La réplica a tales críticas no se ha hecho esperar y, en sintonía con su originaria construcción teórica, BUSTOS RAMÍREZ responde dando la razón a sus críticos y aduciendo que, efectivamente, el delito de insolvencia no debería incluir los supuestos de quiebra del pequeño empresario²⁵⁶. En contrapartida, el autor plantea la posibilidad de que el legislador varíe la letra de la ley matizando las conductas que deben considerarse constitutivas del delito. BUSTOS propone, a semejanza de lo que sucede en el delito fiscal, utilizar los criterios de la cuantía y el montante de la deuda como límites a la apreciación del tipo²⁵⁷.

Sin embargo, tal planteamiento se encuentra con el escollo insalvable de que, a diferencia de ordenamientos jurídicos como el italiano²⁵⁸, el Código Penal español actual no contempla tal posibilidad. Es decir, nada en la letra de la ley habilita la discriminación de las conductas ni por la cuantía de la deuda ni por el sujeto idóneo para la comisión del delito -v. gr. aplicar el delito únicamente a los grandes empresarios-. Por todo lo expuesto, debe entenderse que no siendo esa la voluntad del redactor de la norma deben incluirse todas las conductas que encajen en el tipo penal independientemente de la cuantía de la deuda evadida o de las dimensiones del perjuicio infligido.

Con todo, y en defensa de tesis de BUSTOS, podría decirse que más bien parece haber sido elaborada desde la perspectiva de *lege ferenda* que no desde la realidad de la norma. Si esto fuese cierto, su planteamiento serviría al menos como una propuesta orientada a una futura reforma. No obstante, el propio autor llega a decir expresamente que de *lege lata* tal interpretación puede y debe extraerse de la letra de la ley. A su modo de ver, es la incorrecta técnica

²⁵⁵ Vid. HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 794 en nota al pie. También MUÑOZ CONDE, F., “La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia”, en *Cuadernos del Poder Judicial, n° especial IX: Nuevas formas de delincuencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1986, p. 203.

²⁵⁶ Esta misma propuesta, aunque por diferentes razones, la sostiene en la doctrina española NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 782. Vid. *infra*. el epígrafe II. 3 de este Capítulo Segundo.

²⁵⁷ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 314 *in fine*.

²⁵⁸ Vid. IORIO, A./ JACOVACCI, A., *I reati societari e fallimentari*, Maggioli Editore, Rimini 1996, p. 132 y el art. 1 de la Legge Fallimentare. El hecho de que se excluya al pequeño empresario no presenta de entrada complicación alguna. Se trata simplemente de una decisión del legislador tan legítima como tantas otras.

legislativa la que induce a las erróneas interpretaciones en torno al bien jurídico protegido²⁵⁹.

Junto a esta primera crítica, MUÑOZ CONDE apunta que para aceptar tal teoría debería suprimirse la condición objetiva de punibilidad requerida para la apreciación de tipos penales como el del art. 260 del CP²⁶⁰. Para el enjuiciamiento de los actos constitutivos de dicho delito es preceptiva la previa declaración de concurso por parte del juez de lo mercantil. Sin la declaración formal de concurso la persecución penal de la conducta deviene imposible. La necesidad de que un particular -sea el acreedor insatisfecho o el deudor insolvente²⁶¹- ponga en funcionamiento la maquinaria judicial en los tribunales mercantiles difícilmente es compatible con la idea de que el bien jurídico protegido presente naturaleza supraindividual. Así pues, el interés general no puede ni debe quedar a merced de la voluntad de los sujetos particulares²⁶².

Al mismo tiempo, señala MUÑOZ CONDE que mantener una concepción macrosocial de los delitos de insolvencia, en la que el bien jurídico institucional sea el << sistema crediticio >>, implicaría configurar a estos delitos como tipos de peligro²⁶³. En este sentido, ha de indicarse que tal configuración de puesta en peligro del bien jurídico no sólo no se sostiene por la mayoría de la doctrina -al menos en el delito de insolvencia fraudulenta del art. 260 del CP- sino que, contradictoriamente, ni siquiera es adoptada por el propio BUSTOS RAMÍREZ.

²⁵⁹ Vid. **BUSTOS RAMIREZ, J.**, “Política criminal y bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia”, cit., p. 57.

²⁶⁰ Vid. **MUNOZ CONDE, F.**, “La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia”, cit., p. 204.

²⁶¹ Según los arts. 3, 6 y 7 de la Ley Concursal, el concurso puede ser solicitado por el propio deudor o por sus acreedores. En el primer caso se trata de los que la Ley denomina << concurso voluntario >>, mientras que el segundo supuesto se corresponde con el << concurso necesario >>. Los requisitos para que la solicitud del concurso por uno u otros sea válida se establecen en los artículos indicados.

²⁶² Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, “El bien jurídico-penal en los delitos de insolvencia: ¿dos modelos de protección enfrentados?”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Madrid 2002, p. 360.

²⁶³ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, “La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia”, cit., p. 204. Adhiriéndose a esta crítica véase **GONZALEZ CUSSAC, G.**, “Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003”, cit., p. 649. También **RUIZ MARCO, F.**, *La protección penal del crédito*, cit., p. 106. El citado autor parece mantener una idea semejante, pues cuando enumera las consecuencias derivadas del hecho de considerar como bien jurídico protegido al sistema crediticio incluye la de no requerir la efectiva lesión del interés protegido.

Ante esta nueva crítica han de hacerse ciertas matizaciones. Así expuesto, y como el autor no aclara más al respecto, parece que para MUÑOZ CONDE cualquier delito que presente un bien jurídico supraindividual ha de ser considerado un delito de peligro. No obstante, tal afirmación no es del todo acertada pues existen en el Código Penal delitos con bien jurídico supraindividual que, sin embargo, se incluyen en la categoría de los delitos de lesión. Por ejemplo, el delito de defraudación tributaria del art. 305 del CP es un delito socioeconómico y presenta naturaleza supraindividual y, pese a ello, es catalogado como delito de lesión²⁶⁴. Lo mismo puede decirse de los delitos contra los consumidores en los que el bien jurídico protegido presenta naturaleza supraindividual y, sin embargo, se tipifican como delitos de lesión²⁶⁵.

Debe sumarse a estas valoraciones las teorías desarrolladas en Alemania por KARGL, así como en la doctrina española, por CORCOY BIDASOLO acerca de la lesión entendida como <<afectación>>. Sostiene esta última autora que <<la lesividad no es igual al daño material sino a la afectación de un bien jurídico, afectación que será mayor o menor atendiendo a factores muy diversos>>²⁶⁶. Se parte de la idea de que es frecuente confundir el <<objeto material del delito>> con el bien jurídico de forma que, al hablar de la lesión, ésta se ponga en relación no con este último sino con el primero²⁶⁷. Y, de esta forma sucede, tal y como expone KARLG, que <<la estrechez de

²⁶⁴ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid 1995, p. 25. Del mismo autor y más específicamente puede verse “*El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria*”, en *Estudios penales y criminológicos XVIII*, Santiago de Compostela 1995. En la misma línea se sitúa TERRADILLOS BASOCO para quien, tras identificar el <<erario público>> como el bien jurídico protegido, una adecuada tipificación del delito presenta como condición necesaria la lesión del bien jurídico protegido. Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid 1995, p. 222.

²⁶⁵ Vid. PUENTE ABA, L-M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, cit., p. 109. La tipificación de estos delitos se basa en la creación de un bien jurídico supraindividual espiritualizado que es el que resulta lesionado cuando se ponen en peligro los bienes jurídicos individuales. El bien jurídico supraindividual o colectivo se identifica con el interés del grupo colectivo -los consumidores- en el orden de mercado. Para la consumación del tipo se requiere la lesión de este bien jurídico.

²⁶⁶ Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo blanch, Valencia 1999, p. 225.

²⁶⁷ Vid. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, cit., p. 222.

miras de una concepción instrumental de la idea de daño puede llevar a conclusiones no siempre acertadas>>²⁶⁸.

Así, aunque en los delitos con bien jurídico supraindividual no pueda hablarse de la destrucción o causación de un daño material para el bien jurídico, ello no significa que éste no se vea afectado por el daño infligido al objeto material del delito. Por ejemplo, y retomando los delitos de insolvencia punible, considerar que el bien jurídico protegido es <<el correcto funcionamiento del sistema crediticio>> no prejuzga que se esté en presencia de un delito de peligro. El hecho de que no sea posible fijar un efectivo daño cuantificable o la destrucción del bien jurídico no ha de derivar en dicha conclusión. Bien por el contrario, el daño ocasionado al objeto material del delito -bienes del deudor afectos al pago de la deuda- implica ya la afectación al bien jurídico, afectación esta que será el elemento indicador de la lesión.

En esta línea podría situarse BUSTOS RAMÍREZ cuando sostiene que el delito del art. 260 del CP requiere como elemento objetivo del tipo el perjuicio. De este dato deduce el autor que dicho delito encaja en la categoría de los delitos de lesión para el bien jurídico supraindividual. En este sentido, la lesión se materializaría a través del efectivo impago de las obligaciones. El perjuicio al que el autor se refiere sería el perjuicio económicamente evaluable que sufre el perjudicado por la acción- el acreedor-²⁶⁹ y que supone la destrucción u ocultación de los bienes. El objeto material del delito, los bienes afectos al pago de la deuda, serían los que reciben el daño evaluable económicamente, daño que repercutiría además en el acreedor perjudicado y que indicaría, a su vez, la lesión para el bien jurídico entendido como afectación²⁷⁰.

²⁶⁸ Vid. **KARLG, W.**, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, ROMEO CASABONA, C-M., (Dir), Comares, Granada 2000, p. 52.

²⁶⁹ Para BUSTOS RAMÍREZ tanto en el delito de alzamiento de bienes como en los restantes delitos de insolvencia punible el sujeto pasivo sería la colectividad y el acreedor representaría al perjudicado por la acción. Ha de recordarse que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, frente al perjudicado que sería todo sujeto que soporta las consecuencias perjudiciales derivadas de la comisión del delito. Vid. **MIR PUIG, S.**, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 224.

²⁷⁰ A pesar de que los argumentos dados pueden en cierto modo desvirtuar la crítica de quién no comparte la tesis de BUSTOS RAMÍREZ, lo cierto es que en este trabajo tampoco se mantiene la teoría del bien jurídico supraindividual como bien jurídico protegido en sentido técnico. Los argumentos dados han de ser entendidos como parte del análisis de la tesis del citado autor, pero ello no implica que se asuma su opinión sobre el bien jurídico supraindividual. Respecto a si los delitos de insolvencia punible - concretamente respecto a los delito de alzamiento de bienes- son tipos de peligro o de lesión se ahondará *infra*. en los Capítulos Cuarto y Quinto.

Más allá de estas matizaciones, ha de decirse que es posible añadir a la lista de objeciones a la tesis del bien jurídico supraindividual otras varias. Así, sostener la naturaleza supraindividual del interés tutelado implica aceptar que el sujeto pasivo del delito no es el concreto titular del derecho de crédito sino la colectividad. De esta afirmación se derivan ciertas consecuencias que como se verá no se corresponden con la realidad legislativa. En este sentido, si se parte de la idea del bien jurídico supraindividual y del sujeto pasivo <<colectividad>> habrá que asumir que el primero es un bien jurídico indisponible. Ello, sin embargo, choca frontalmente con la realidad de que en los procedimientos concursales la finalidad principal perseguida es la consecución de pactos y convenios entre los acreedores y deudores²⁷¹. Lo que importa en todo momento es la satisfacción del derecho del acreedor. Así, raras serán las ocasiones en las que sea un sujeto diferente al acreedor perjudicado quien ponga en marcha el procedimiento penal. Al mismo tiempo, la práctica pone de manifiesto que el acreedor que opta por la vía penal está dispuesto a abandonarla en cuanto obtenga una mínima satisfacción a su interés patrimonial quebrantado²⁷². Todo ello apunta a que el interés que se ve afectado en los delitos de insolvencia es el de ese acreedor insatisfecho y no el de la colectividad o la sociedad en el <<correcto funcionamiento del sistema crediticio>>²⁷³.

Un obstáculo añadido a la indisponibilidad del bien jurídico viene representado por el art. 268 del CP. En dicho artículo se tipifica una exención de responsabilidad penal basada en el parentesco y prevista para todos los delitos comprendidos en los Capítulos precedentes -entre los que se encuentra el referente a los delitos de insolvencia punible-. En el caso particular de los tipos penales de insolvencia, la relación de parentesco ha tener en cuenta es la

²⁷¹ Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, “El bien jurídico-penal en los delitos de insolvencia: ¿dos modelos de protección enfrentados?”, cit., p. 360. También **MUÑOZ CONDE, F.**, “La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia”, cit., cuando argumentando la inidoneidad de las teorías socioeconómicas expone el <<efecto justificante>> del consentimiento de los acreedores diciendo que <<es muy difícil mantener, a la vista de los pactos y convenios entre el deudor y acreedores que caracterizan los procedimientos concursales, que exista en ellos un interés público por encima de los particulares>>.

²⁷² Vid. **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Madrid 2002, p. 227.

²⁷³ Un argumento semejante es manejado por CONTI en la doctrina italiana para defender la naturaleza patrimonial de los delitos de bancarrota. Según el autor, es significativo que en los procedimientos penales por delito de bancarrota los acreedores puedan posicionarse como parte civil. Este hecho demuestra que ellos son los sujetos pasivos del delito y por tanto los titulares del bien jurídico. Vid. **CONTI, L.**, *I Reati Fallimentari*, cit., p. 93.

existente entre el deudor y el acreedor²⁷⁴. En consecuencia, y retomando la idea de la colectividad como sujeto pasivo del delito, acontece que la eximente de parentesco no le sería de aplicación a los delitos de insolvencia. Es evidente que entre la colectividad y el deudor no existirá nunca una relación de esa naturaleza. Por todo ello, resultaría ilógica y vacía de significado la previsión del legislador que sí impone la aplicación de la eximente a los delitos de insolvencia²⁷⁵.

Esclarecedor resulta ser el argumento utilizado por RUIZ MARCO en su crítica a la concepción supraindividual del bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia. Como expone el citado autor al analizar el delito de alzamiento de bienes, definir en clave supraindividual dicho delito <<comporta una generalización poco apta para la determinación de un bien jurídico, tarea, en la que como es sabido, conviene extremar al máximo el nivel de concreción>>²⁷⁶. Así pues, la indeterminación a la hora de hablar de lo que se entiende por <<sistema crediticio>>, <<sistema financiero>> y <<orden económico>> se revela como un obstáculo difícil de superar para poder configurarlos como bienes jurídicos penalmente protegidos y articular una satisfactoria criminalización de las conductas que pudiesen afectar a tales bienes jurídicos²⁷⁷. En consecuencia, para determinar la lesividad y los

²⁷⁴ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 367. El carácter personal de la causa de exclusión de la pena denota una específica importancia de la relación sujeto activo-pasivo.

²⁷⁵ El parentesco es tratado por el legislador en el Código Penal desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, la circunstancia mixta de parentesco puede ser apreciada bien como atenuante, bien como agravante, no siendo por otra parte obligada su observación. Debe de ser el juez quien decida si tal circunstancia debe o no ser aplicada. Sin embargo, en el art. 268 lo que se ha configurado es una causa de exclusión de la pena. Su aplicación es obligada ya que según la dicción de la ley <<quedarán exentos de responsabilidad>>. Véase en la doctrina **HIGUERA GUIMERÁ, J-F.**, “Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Doc. Torío López*, CEREZO MIR, J./ SUÁREZ MONTES, R-F./ BERISTAIN IPÍÑA, A./ ROMEO CASABONA, C-M., (Eds), Comares, Granada 1999, p. 397. También puede verse en este trabajo *infra*. el epígrafe XIV del Capítulo Cuarto.

²⁷⁶ Vid. **RUIZ MARCO, F.**, *La protección penal del crédito*, cit., p. 333. En este mismo sentido se manifiesta **SANTORIELLO, C.**, *I reati di Bancarotta*, Giappichelli Editore, Torino 2000, p. 10. A juicio de este último, el concepto de orden económico peca de <<evanescenza ed astrattezza>>.

²⁷⁷ Vid. **RUIZ MARCO, F.**, *La protección penal del crédito*, p. 113. Expone el autor que la doctrina, y sobre todo aquellos que configuran al sistema crediticio como bien jurídico directamente tutelado, <<no han manifestado gran preocupación por delimitar el concepto de sistema crediticio o las expresiones similares utilizadas para aludir a la dimensión estructural o social del crédito>>. Resalta RUIZ MARCO cómo incluso los autores defensores de esta posición macrosocial de los delitos de insolvencia no mantienen un mismo concepto y que incluso ellos mismos mantienen diferentes versiones de tal concepto en sus propias obras. Véase a este respecto específicamente la página 110 del trabajo citado.

perjuicios causados por las conductas de autoprovocación de la insolvencia resulta mucho más aconsejable ponerlas en relación con objetos más próximos y concretos²⁷⁸ como sucede con el patrimonio o el derecho de crédito de los acreedores.

Por su parte, JAÉN VALLEJO, en relación con la ubicación de las insolvencias punibles en el Código Penal anterior, afirma que cabe apreciar en este tipo de delitos dos dimensiones diferentes de proyección -la dimensión individual y la social-. De esta forma, los delitos de insolvencia no persiguen únicamente asegurar la garantía de cobro que asiste a los acreedores sino también <<proteger el tráfico mercantil y con ello el orden económico y social característico de las modernas sociedades industriales>>. Y sigue diciendo que <<los delitos de insolvencia constituyen (...) delitos contra el patrimonio, así como contra el orden socioeconómico, o si se prefiere, simplemente contra el orden socioeconómico, pues esta última calificación ya presupone la lesión patrimonial>>²⁷⁹.

Parece dar a entender el autor que esa posible afectación a la <<dimensión social>> transforma automáticamente a esta familia delictiva en delitos socioeconómicos. Con todo, esta idea no constituye un argumento suficiente para la inclusión de los delitos de insolvencia como tipos penales socioeconómicos, pues no toda insolvencia provoca irremediamente una afectación en el plano de lo socioeconómico. Solamente las grandes quiebras de sociedades o alzamientos de importante entidad consiguen ese efecto. Y es que, a pesar de la indefinición que acompaña en todo momento al concepto de delito socioeconómico, lo cierto es que existen criterios que pueden ayudar a identificar esta categoría de delitos; criterios entre los que la mera afectación a la dimensión social no es suficiente como elemento definitorio. Se necesita algo más que la mera repercusión en el orden socioeconómico para considerar a un delito merecedor de tal condición. De no ser así, y como dice MUÑOZ

²⁷⁸ Cfr. FARALDO CABANA, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos XXIV*, Santiago de Compostela 2004, p. 281. Como apunta la autora <<la heterogeneidad de los elementos integradores del sistema crediticio desaconseja políticamente la labor de tipificar conductas pretendidamente lesivas de su correcto funcionamiento como interés que deba ser tutelado directamente, pues a menudo podrá ocurrir que los comportamientos que aparezcan como claramente perjudiciales para uno de los elementos de esa estructura - sistema crediticio- resulten ser beneficiosos para el equilibrio global>>.

²⁷⁹ Vid. JAÉN VALLEJO, M., “Las insolvencias punibles”, cit., pp. 28 y ss.

CONDE, el Derecho penal patrimonial se diluiría en un desmesurado Derecho penal socioeconómico²⁸⁰.

Teniendo presentes las ideas que se han expuesto en torno al bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia punible, esto es, la existencia de un bien jurídico en sentido técnico y un bien jurídico mediato, puede concluirse como hace QUINTERO OLIVARES que <<los delitos de insolvencia cubren una especie de zona intermedia entre los delitos contra el patrimonio (...), de carácter puramente individual y los delitos socioeconómicos (...) que afectan sobre todo al orden económico y social>>²⁸¹. Ahora bien, incluirlos en una u otra categoría merece un razonamiento más concreto y sólido, no bastando decir que, como lo socioeconómico incluye ya lo patrimonial y los delitos de insolvencia se encuentran acaballados entre unos y otros, se está en presencia de delitos socioeconómicos. Tampoco parece tener mucha utilidad el entender que se encuentran en una línea de intersección, es decir, si en un principio y existiendo razones para otorgarle una u otra naturaleza jurídica, lo más lógico es decantarse por una u otra categoría según se aprecie que argumentos son más contundentes.

De todo lo dicho queda patente el desacuerdo existente en torno a la denominación de los tipos penales de insolvencia punible como delitos socioeconómicos y a la consideración de que el bien jurídico protegido en estos delitos es el <<sistema crediticio>>. Como se explicó con anterioridad, esta idea se presenta errónea por el manejo incorrecto de los términos <<bien jurídico mediato>> e <<inmediato>>, categoría esta última que sirve a la comprensión en abstracto de por qué el legislador penal decide criminalizar determinadas conductas.

Ni el orden económico, ni el correcto funcionamiento del sistema crediticio son aptos para conformar el bien jurídico protegido en sentido técnico en los delitos de insolvencia. Lo que sí es acertado sostener es que, protegiendo el derecho de crédito y castigando aquellas conductas a través de las cuales el acreedor ve frustrado su derecho al cobro por actuaciones del deudor tendentes precisamente a habilitar ese impago, se consigue tutelar de forma indirecta el sistema crediticio y por ende el orden económico. Y esta es precisamente la posición que se adopta en este trabajo tal y como se ha venido exponiendo desde un principio.

²⁸⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 52.

²⁸¹ Cfr. JAÉN VALLEJO, M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 29.

c) La protección de la función social de los derechos patrimoniales.

Recientemente, y también en relación con el bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia, GARCÍA SÁNCHEZ plantea una tesis que él mismo califica como <<radicalmente diferente>>. Tras realizar un análisis de las teorías individualistas y supraindividuales llega al convencimiento de que ninguno de los planteamientos expuestos hasta el momento por la doctrina dan respuesta a la verdadera naturaleza jurídico-dogmática de esta familia delictiva. Para este autor el bien jurídico protegido sería <<la función social de los derechos patrimoniales>>²⁸². Consecuentemente, identifica a los tipos penales de insolvencia punible como delitos socioeconómicos y entiende, correlativamente, que el sujeto pasivo de delito es la sociedad²⁸³. Tales conclusiones merecen un análisis detallado por la novedad que supone su planteamiento.

El punto de partida se fija en el concepto de propiedad y la evolución que ha sufrido este derecho en cuanto a su contenido. El derecho de propiedad, concebido en un primer momento como un derecho puramente individual, se ve superado por la aparición y defensa de una serie de intereses de naturaleza colectiva. Concluye que <<la propiedad, como derecho subjetivo, debe ser objeto de protección sólo y en la medida en que atienda al interés de la colectividad como fin. Por lo tanto, el titular de un derecho subjetivo que no ejercite las facultades propias del mismo de acuerdo con su fin típico está abusando a la vez de la finalidad social inmanente en ese derecho>>²⁸⁴.

La función social de la propiedad se reconoce expresamente en la Constitución Española, texto legal en el cual la propiedad se configura a la vez como una institución jurídica -función social- y como un derecho subjetivo -facultades atribuidas al propietario que suponen una utilidad individual-. Ello significa que el titular del derecho de propiedad debe hacer uso de su derecho de forma útil para el interés social tal y como lo recoge la Constitución de

²⁸² Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 139.

²⁸³ Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p.144.

²⁸⁴ Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 27 y ss. Véase en las páginas citadas la evolución sufrida por el derecho de propiedad desde la concepción individualista hasta la función social del derecho.

1978²⁸⁵. La protección de la función social de la propiedad en sus dos vertientes debe reflejarse en el conjunto de normas del ordenamiento jurídico. Así las cosas, el Derecho penal no puede ser ajeno a esta exigencia constitucional de protección y debe dar cabida a la tutela del derecho de propiedad como derecho subjetivo y como institución reconocida constitucionalmente.

Esta necesidad de proteger la propiedad en sus dos dimensiones y las razones que la justifican se traspasan a todos los derechos patrimoniales. Es decir, el titular de cualquier derecho patrimonial debe hacer uso de éste de forma que dicho uso repercuta en el interés general²⁸⁶. Los derechos patrimoniales deben ser protegidos en su doble dimensión: patrimonial y socioeconómica, es decir en su dimensión individual y de función social. Debe castigarse pues no sólo la puesta en peligro o lesión del interés individual sino también la puesta en peligro o lesión del interés colectivo. Cuando el sujeto titular del derecho patrimonial realiza un uso contrario a la función social inmanente al mismo, el Derecho penal está legitimado para actuar²⁸⁷. Así pues, en los delitos de insolvencia se produce un uso perjudicial para la vertiente institucional de los derechos patrimoniales y que supone la materialización de ataques intolerables para esa función social que les es inherente.

Como puede observarse, el autor parte de un concepto de orden socioeconómico constitucional²⁸⁸, por lo que en su tesis los delitos económicos se constituyen con base en la idea primordial de tutelar los principios rectores de la política social y económica que conforman el marco constitucional vigente. Como el derecho de propiedad y por ende los demás derechos patrimoniales son reconocidos en la Constitución se encuadran en el orden económico constitucional y son por ello dignos de protección desde todos los sectores del ordenamiento, incluido el Derecho penal²⁸⁹.

²⁸⁵ Vid. el significado del concepto de función social y como debe entenderse configurado en **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 39.

²⁸⁶ Cfr. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 63. Afirma el autor que <<la idea de que el ejercicio de tales derechos debe realizarse siempre de la forma que mejor difunda el disfrute económico de los bienes para la sociedad>>.

²⁸⁷ Vid. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 65.

²⁸⁸ Vid. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, p. 75.

²⁸⁹ Vid. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 141.

En conclusión, la función social de los derechos patrimoniales se configura como un bien jurídico colectivo que el Derecho penal debe tutelar y proteger frente a los ataques más intolerables. Los tipos penales de insolvencia punible son delitos socioeconómicos debido a que su bien jurídico es de naturaleza colectiva y porque tutela ataques contra el orden económico constitucional establecido. En consecuencia, la sociedad se presenta como el sujeto pasivo del bien jurídico <<función social de los derechos patrimoniales>>.

Con todo, y más allá de su originalidad, acontece que a esta teoría le son de aplicación las críticas expuestas a los partidarios del bien jurídico supraindividual, puesto que a esta categoría pertenece el bien jurídico sostenido por el autor. La indefinición y abstracción que encierra el bien propuesto complica la posible constatación de la puesta en peligro del bien jurídico o su lesión.

Por otra parte, parece dudoso que el legislador penal en el momento de tipificar las conductas de insolvencia tuviese en mente la protección de la función social de los derechos patrimoniales, al menos desde la perspectiva que el autor plantea. No se pone en duda la dimensión social de tales derechos pero no parece probable que esa pretendida <<función social>> se coloque como eje central de la tipificación de las conductas constitutivas de insolvencia punible. Más bien, esa utilidad social pertenece al plano de la política criminal y a la justificación de la creación de la familia delictiva que en este trabajo se analiza. La función social de los derechos patrimoniales pertenece, al igual que el concepto de sistema crediticio, a la *ratio legis* de la norma y se revela como bien jurídico mediato.

II. 2- La teoría de la pluriofensividad en los delitos de insolvencia punible.

Al realizar las consideraciones generales acerca del posible bien jurídico común a la familia delictiva de las insolvencias punibles, se mencionó la postura, tanto jurisprudencial²⁹⁰ como de JORDANA DE POZAS²⁹¹, que

²⁹⁰ Vid. la STS de 26 de diciembre de 2000, donde el Alto Tribunal sostiene que <<el delito de alzamiento de bienes constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevenida en el art. 1.911 del C.c, y de otro el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio>>. En la misma línea véase la STS de 27 de noviembre de 2001.

²⁹¹ En la doctrina española no sólo es este autor el que sostiene la existencia de más de un bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia punible; no obstante, es JORDANA DE POZAS el

preconiza la idea de que tales delitos se identifican como tipos penales pluriofensivos. De esta misma opinión participa en la doctrina italiana ANTOLISEI, para quien en los delitos de quiebra -reati fallimentare- la tutela se extiende a una pluralidad de bienes jurídicos. A juicio de este último, la criminalización de estos delitos responde a la idea de proteger conjuntamente intereses jurídicos tales como el patrimonio, la economía pública y la Administración de Justicia²⁹².

Aceptar o no esta tesis dependerá, principalmente, del concepto que se maneje de delito pluriofensivo. En este sentido, si se parte de la premisa de que por delito pluriofensivo ha de entenderse toda aquella conducta delictiva <<que afecta a más de un bien jurídico>>²⁹³, tal definición parece no ajustarse a los tipos penales de insolvencia punible. Como se repetido en numerosas ocasiones, en los delitos de insolvencia punible la afectación a dos bienes jurídicos no es ni mucho menos constatable. Por supuesto la definición dada, por simple, necesita ser matizada, sobre todo en lo que se refiere a la idea de la afectación.

En los delitos pluriofensivos son dos los bienes jurídicos protegidos en sentido técnico, de ahí que se diga que dos han de ser los bienes jurídicos afectados. La afectación al doble bien jurídico no se produce en los delitos de insolvencia punible, puesto que el único bien jurídico protegido en sentido técnico es el patrimonio. Para hablar de delito pluriofensivo deben de ser dos los bienes jurídicos protegidos con la tipificación de la conducta y ello porque el legislador ha querido tutelar directamente con la creación de la norma ambos bienes. Diferente cuestión es que el legislador al configurar los tipos penales pueda tener en cuenta otros intereses o razones que fortalezcan la fundamentación de la criminalización de la conducta, fenómeno éste que no

único que expresamente califica a este grupo de delitos como tipos pluriofensivos. Otros muchos simplemente aluden a que el bien jurídico protegido no es sólo el derecho de crédito de los acreedores, sino también el orden socioeconómico. Así por ejemplo, **CALDERÓN, A./ CHOCLÁN, J-A.**, *Código Penal Comentado*, Deusto, Bilbao 2005, p. 580, quienes hablan de la necesidad del mantenimiento de las condiciones de seguridad del tráfico económico en general. Con todo, en ningún momento aclaran que papel juega en la interpretación del tipo este interés pretendidamente tutelado. Ni se hace referencia a su puesta en peligro, lesión o función mediata de *ratio legis* del bien jurídico.

²⁹² Vid. **ANTOLISEI, F.**, *Manuale di Diritto Penale. Legge Complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, cit., pp. 24 a 29. En el mismo sentido se pronuncian en la doctrina francesa sobre los delitos de insolvencia punible **PRADEL, J./ DANTI-JUAN, M.**, *Droit Pénal Spécial. Droit Commun. Droit des affaires*, Editions Cujas, Paris 2007, p. 727.

²⁹³ Vid. **LUZÓN PEÑA, D-M.**, *Curso de Derecho penal*, Universitas S.A., Madrid 1996, p. 316.

prejuzga la dualidad de bienes jurídicos protegidos de forma inmediata²⁹⁴. Siendo así, quienes sostienen que son dos los bienes jurídicos protegidos, patrimonio y orden socioeconómico, confunden una vez más los conceptos de bien jurídico mediato e inmediato y a la vez no tienen presente que, en sí mismo considerado, el orden socioeconómico nunca se configura como bien jurídico directamente tutelado, sino como un referente mediato que sirve a la *ratio* incriminadora.

A favor de esta posición podría argumentarse sin embargo, y he aquí lo interesante, que si se analizan las diferentes especies de insolvencia, cabría apreciar la concurrencia de otros bienes jurídicos o intereses penalmente relevantes cuya afectación no se descarta y que podrían dar lugar a la apreciación de la pluriofensividad de determinados delitos. Esta posibilidad de reconocer entre los delitos de insolvencia tipos penales que se revelen como pluriofensivos, si es que los hay, supondría descender al plano particular de cada tipo; y ello teniendo siempre presente que los delitos de insolvencia punible no responden en su conjunto a la concepción de delitos pluriofensivo. La tutela de ambos intereses, el particular y supraindividual no está situada en un mismo plano ni de protección, ni de consideración a la hora de interpretar los tipos penales. De todas formas, conviene hacer mención de los posibles y concretos delitos de insolvencia en los que pudiese darse el fenómeno jurídico de la pluriofensividad.

El art. 257.1. 2º del CP, en el que se describen conductas de alzamiento de bienes consistentes en la obstaculización de procedimientos dirigidos a la ejecución de los créditos, ha servido de punto de partida para la polémica en torno a si lo que se protege en los delitos de alzamiento es el derecho de crédito y si a éste se adiciona como bien jurídico la protección de la Administración de Justicia. Autores como MUÑOZ CONDE han identificado en determinados supuestos concretos un doble interés protegido. Sin embargo, y aunque el citado autor se haya planteado la configuración del delito como pluriofensivo, finalmente se decanta por los concursos de delitos

²⁹⁴ Vid. GONZALEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 66. Adopta el autor la definición dada acerca de los delitos pluriofensivos y los pone en relación con delito del art. 259 del CP. Así parece entenderlo también en la doctrina italiana SANTORIELLO, C., *I reati di Bancarotta*, cit., pp. 12 y 13. En la crítica que el autor realiza a la visión pluriofensiva defendida por ANTOLISEI, acepta la imbricación de diferentes intereses jurídicos como la Administración de Justicia o la economía pública. Sin embargo, SANTORIELLO concluye diciendo que ello no implica que tales bienes constituyan el objeto jurídico protegido en los delitos de bancarrota.

entre el alzamiento de bienes y determinados delitos contra el orden público o la Administración pública²⁹⁵.

En relación con el delito de nueva creación del art. 259 del CP, relativo al favorecimiento ilícito de acreedores en el procedimiento concursal, la doctrina mayoritaria sostiene que el interés protegido es, una vez más, el derecho de los acreedores a la percepción de sus créditos. En este caso particular el derecho de crédito se manifiesta como el interés de los acreedores en el respeto al principio <<par conditio creditorum>> que rige en los procedimientos concursales²⁹⁶. Hay autores que se han planteado la posibilidad de que la inobservancia de este principio básico pudiera afectar a la vez al principio de autoridad, bien ante el juez que conoce del procedimiento, bien ante los demás órganos participantes - administradores concursales-²⁹⁷. Así las cosas, sería posible apreciar un delito de desobediencia si se entendiese que en el art. 259 del CP se protege el principio de autoridad de unos y otros. Sin embargo, tal circunstancia no se produce y por tanto no debe ser tenida en cuenta en el momento de fijar el bien jurídico. Como explica GONZÁLEZ CUSSAC <<si concurren todos los elementos requeridos para el delito de desobediencia habrá que plantearse el correspondiente concurso de

²⁹⁵ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 71 y ss. Concretamente apunta la posibilidad del concurso, bien con el art. 556 del CP relativo a la desobediencia a la autoridad o a sus agentes, bien con el art. 435 del CP. Para que pueda darse este fenómeno el deudor debe haber sido nombrado depositario de los bienes por lo que se trata de una conducta constitutiva de un delito de malversación impropia. Junto a este autor, **OCAÑA RODRÍGUEZ** también niega la protección directa o indirecta del la Administración de Justicia. Vid. **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 35. En contra de estas opiniones, es posible encontrar autores que defienden la idea de que el delito de alzamiento de bienes protege precisamente la Administración de Justicia. Según **CABALLERO BRUN**, las conductas de alzamiento de bienes perjudican al proceso de ejecución. El autor llega a la conclusión de que estos delitos tutelan el proceso de ejecución como mecanismo o función asegurativa del cumplimiento del derecho de crédito, y no al derecho mismo. La afectación al derecho de crédito constituye, a su juicio, únicamente una consecuencia indirecta de la inviabilidad del embargo de los bienes. Vid. **CABALLERO BRUN, F.**, *Una nueva dogmática para las insolvencias punibles*, (Tesis doctoral), Salamanca 2007, pp. 195 y 199.

²⁹⁶ Vid. **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de quiebra*, cit., p. 66. Asimismo se sostiene en la doctrina portuguesa respecto de su delito de favorecimiento de acreedores -art. 229 CPP-. Vid. **CAEIRO, P.**, “A relevancia da insolvência e da insolvabilidade nos crimes falenciais”, en *Temas de Direito Penal Económico*, PODVAL, R., (Dir), Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2000, p. 234.

²⁹⁷ Vid. **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de quiebra*, cit., p. 67. Ha de aclararse que el citado autor hace referencia en la obra indicada a la autoridad ejercida por los síndicos, comisarios e interventores. No obstante, tras la entrada en vigor de la Ley Concursal dichos órganos han sido sustituidos por los administradores concursales. Véase al respecto los arts. 26 a 39 de la LC.

infracciones>>²⁹⁸. Una vez más la solución al problema ha de buscarse en el en el concurso de delitos.

Respecto del art. 261 del CP, relativo a las falsedades contables realizadas por un particular en el seno de un procedimiento concursal con la finalidad de obtener la indebida declaración de concurso, sucede algo semejante. En la realización de la conducta falsaria descrita en el tipo pueden verse atacados dos bienes jurídicos diferentes, estos son, el derecho de crédito del acreedor o acreedores y la funcionalidad del documento. Por lo que respecta a esta posibilidad ha de indicarse que la corriente doctrinal dominante sostiene que el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad se identifica con la <<funcionalidad del documento>>. En este sentido, opina la doctrina que el documento ha de responder a tres funciones principales: función de perpetuación, función de garantía y función probatoria. Concretamente, la función de perpetuación va referida a la fijación en el tiempo de una declaración sobre un soporte perdurable, la de garantía al sujeto al que se le imputa la declaración y la última, como su propio nombre indica, se refiere a la idea de que el documento sea idóneo para constituir un medio de prueba. Los delitos de falsedad protegen pues estas tres funciones, es decir, se tutela la propia <<funcionalidad del documento>> en las diversas misiones que tiene que cumplir en el tráfico jurídico²⁹⁹. Consecuentemente, si el delito del art. 261 del CP es un delito de presentación de documentos contables falsos³⁰⁰, que lo

²⁹⁸ Vid. **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de quiebra*, cit., p. 67.

²⁹⁹ Cfr. **GARCÍA CANTIZANO, M-C.**, *Falsedades documentales*, Tirant lo blanch, Valencia 1994, p. 134. Coincidentes con esta visión **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 188, **ESTIARTE VILLACAMPA, C.**, *La falsedad documental: Análisis Jurídico-penal*, Cedens, Barcelona 1999, p. 95 y **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios*, cit., p. 369.

³⁰⁰ Así lo considera la mayoría de la doctrina. Al respecto puede verse **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, OCTAVIO DE TOLEDO, E./ GURDIEL SIERRA, M./ CORTÉS BECHIARELLI, E., (Coord), Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 688. De la misma opinión **YÁÑEZ VELASCO, R.**, *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, Grupo Difusión, Barcelona 2006, p. 192, **ALONSO PÉREZ, F.**, *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos*, Colex, Madrid 2003, p. 321, **MAZA MARTÍN, J-M.**, “Las insolvencias punibles”, en *Empresa y Derecho I*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, p. 332 y **SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J.**, en *Comentarios al Código Penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., (Dir)/ JORGE BARREIRO, A., (Coord), Civitas, Madrid 1997, p. 740. Véase además, **SOUTO GARCÍA, E-M.**, “Problemática concursal en torno al delito de presentación de datos contables falsos del art. 261 del CP. Especial referencia a sus relaciones con el delito de falsedad en documento de la sociedad”, *Anuario de Derecho Penal*, Servicio de publicaciones de la Universidad de A Coruña, A Coruña 2005, p. 915. Frente a esta visión, FARALDO CABANA sostiene que la conducta no se identifica con la presentación de los datos falsos sino que, por la contra, se está en presencia de un delito de confección y uso de documento inveraz. Véase **FARALDO CABANA,**

es, se trata de una falsedad y por lo tanto se protege el bien jurídico apuntado. Al mismo tiempo, a este bien jurídico identificado como <<funcionalidad del documento>> debe sumarse la protección del patrimonio y, más concretamente, la tutela del derecho de crédito de los acreedores³⁰¹. Así las cosas, puede decirse que existe un paralelismo entre el delito del art. 261 y el tipo penal del art. 290 del CP relativo a la falsedad en documento de la sociedad. Respecto de este último la doctrina afirma que se tutelan dos bienes jurídicos en sentido técnico, a saber, el patrimonio de la sociedad, los socios y terceros y, además, la funcionalidad del documento³⁰². A Mediante la tipificación de estos dos delitos -arts. 261 y 290 del CP- se materializan dos supuestos de pluriofensividad, pero que como puede apreciarse en nada se asemeja a la pluriofensividad planteada por parte de la jurisprudencia y, en la doctrina, por JORDANA DE POZAS.

De todo ello cabe extraer dos conclusiones. En primer lugar, y como se indicó al inicio de este epígrafe, la familia delictiva de los delitos de insolvencia punible no pertenecen a la categoría de los delitos pluriofensivos, al menos si se parte de la definición dada -definición que por otro lado se considera adecuada-. En segundo lugar, sólo si se desciende a las concretas modalidades de delito de insolvencia, esta idea podría tener algún fundamento. En ciertos casos, la posible afectación a otros bienes jurídicos más allá del derecho de crédito darían pie a plantearse que tal vez el legislador haya pretendido proteger directamente otros bienes jurídicos diferentes al derecho de crédito.

No obstante lo dicho, a la segunda de las conclusiones debe objetarse que, de ser así, debería haberse reflejado al menos en el plano de la penalidad el plus de ofensividad característico de los tipos pluriofensivos. Bien por el contrario, la elevación de la pena no se refleja en el caso de los tipos penales de insolvencia punible. Tanto en el delito de alzamiento genérico como el delito concursal del art. 259 la pena prevista es de uno a cuatro años. En el caso del art. 261 del CP la incoherencia sería todavía más evidente ya que la pena privativa de libertad estipulada oscila entre el año y los dos años. Queda patente entonces que el legislador no ha tenido en cuenta a la hora de tipificar

P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal”, cit., p. 320.

³⁰¹ Así también parece entenderlo parte de la doctrina italiana respecto de los delitos de <<bancarrota documentale>>. En este sentido opina NUVOLONE que lo que se persigue con la incriminación de los delitos de los art. 216 y 217 de la LF es tanto la protección de la veracidad de la prueba como la reconstrucción del patrimonio del deudor. Vid. **NUVOLONE, P.**, *Il Diritto Penale del Fallimento*, cit., pp. 32 y 36.

³⁰² Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 188.

la conducta un posible segundo bien jurídico objeto de tutela. No ha sido así, sin embargo, en otros delitos del Código que sí presentan naturaleza pluriofensiva como sucede en el caso de la acusación y denuncia falsas -art. 456 del CP- frente al delito de simulación de delito ante funcionario público -art. 457-³⁰³, o la diferencia de penalidad también sobresaliente entre los delitos de aborto con o sin consentimiento de la embarazada -art. 144 y 145-³⁰⁴.

Con todo, se es consciente de que el criterio de la mayor o menor penalidad no es decisivo para determinar si un delito es o no pluriofensivo, puesto que podría ocurrir que dos fuesen los bienes jurídicos protegidos y que, a pesar de ello, la comisión del delito no afecte con la misma intensidad a uno y a otro. Aun así, tal observación, aunque no se manifieste como determinante, puede servir como argumento secundario de apoyo a la idea principal de que en el caso de los delitos de insolvencia no son dos los bienes jurídicamente protegidos en sentido técnico.

II. 3. La tesis de la inexistencia de un bien jurídico común en los delitos de insolvencia punible.

Recientemente, e influenciado por la doctrina alemana, NIETO MARTÍN propone una visión radicalmente diferente, que pivota sobre la idea central de que no es posible localizar un bien jurídico común a todos los delitos de insolvencia punible. Partiendo de esta base, para el citado autor en los tipos penales de insolvencia punible se tutelarían dos bienes jurídicos diferentes³⁰⁵. En este sentido, los delitos de alzamiento de bienes en su

³⁰³ Vid. GARCÍA SOLÉ, M., *El delito de acusación y denuncia falsa*, Atelier, Barcelona 2002, p. 126. El plus de penalidad se expone como uno de los argumentos para identificar al art. 456 del CP como delito pluriofensivo, entendiéndose que se protege tanto la Administración de Justicia como el derecho al honor del sujeto objeto de la acusación o denuncia falsa. La penalidad es notablemente superior a la prevista para el tipo de simulación de delito, delito éste que sólo abarcaría la protección de la Administración de Justicia.

³⁰⁴ Vid. VALLE MUÑIZ, J.-M./ QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir)/ MORALES PRATS, F., (Coord), Aranzadi, Cizur Menor 2007, pp. 95 y 96. Los citados autores califican al delito del art. 144 del CP como pluriofensivo y justifica en la dualidad de bienes jurídicos la mayor penalidad aparejada al mismo.

³⁰⁵ Esta idea no es innovadora desde el punto de vista de que ya la doctrina de los países de tradición jurídica semejante la han asumido. En el caso italiano y respecto de los <<reati fallimentari>>, NUVOLONE lleva a cabo una sistematización de los delitos según el bien jurídico que tutelan. En este sentido diferencia entre los tipos contrarios al proceso concursal, a la conservación del patrimonio del deudor, contra el principio <<par conditio creditorum>>, contra la veracidad de la prueba y contra el control de la imparcialidad de los órganos judiciales. No obstante, el autor clasifica a los delitos de bancarrota como delitos contra la Administración de Justicia. Vid.

modalidad genérica -art. 257.1.1º-, así como el art. 257.1.2º -al que denomina delito de frustración de embargo-, el tipo penal de favorecimiento de acreedores del art. 259 y el delito de presentación de documentos falsos en un procedimiento concursal -art. 261- presentarían como bien jurídico protegido el derecho de crédito que asiste a los acreedores. Por su parte, el delito del art. 260 del CP se revelaría como un delito de naturaleza pluriofensiva, que tutelaría tanto los derechos de crédito de los acreedores implicados en el concurso, como el correcto funcionamiento del sistema crediticio³⁰⁶.

Es evidente, por tanto, que NIETO MARTÍN propone un esquema dual para los delitos de insolvencia punible. Según qué delito se analice diferente será el bien jurídico protegido, de tal manera que el autor identifica la protección de un bien jurídico individual en las figuras típicas de alzamiento de bienes y un bien jurídico supraindividual para el delito concursal del art. 260 del CP. De la misma forma que lo entiende TIEDEMANN en Alemania o BUSTOS RAMÍREZ y QUERALT en la doctrina española, para NIETO MARTÍN el concepto de << sistema crediticio >> es considerado un bien jurídico penal y su defensa desde este sector del ordenamiento jurídico resulta plenamente justificada³⁰⁷.

En la tesis de NIETO, el concepto de << crédito >> se configura al más puro estilo carrariano y se conceptúa como la confianza necesaria para el funcionamiento de las transacciones económicas. Para obtener un buen desarrollo de dichas transacciones es inevitable recurrir al aplazamiento de los pagos y a la institución del crédito. Tomando como referencia estas consideraciones, entiende el citado autor que no debería existir problema alguno a la hora de aplicar conjuntamente el delito de alzamiento de bienes y el tipo penal del art. 260. Así, al tratarse de bienes jurídicos diferentes no se vulneraría el principio << non bis in idem >> en caso de que existiendo un procedimiento por alzamiento de bienes se iniciase un procedimiento concursal y correlativamente en vía penal se enjuiciasen los mismos hechos con base en el art. 260 del CP. Es más, incluso si el procedimiento penal por alzamiento de bienes hubiese finalizado con la consecuente sentencia penal -condenatoria o absolutoria-, ello no supondría obstáculo alguno para el enjuiciamiento de los mismos hechos como un delito concursal. La solución

NUVOLONE, P., *Il Diritto Penale del Fallimento*, cit., pp. 181 y 182. De la misma opinión respecto de este extremo puede verse SANTORIELLO, C., *I reati di Bancarotta*, cit., pp. 13 y 14.

³⁰⁶ Vid. NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, Tirant lo blanch, Valencia 2000, p. 48 o, del mismo autor, "Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal", cit., marg. 779.

³⁰⁷ Vid. NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, cit., pp. 36 y ss.

que NIETO MARTÍN propone sería la aplicación entre ambas figuras de un concurso ideal de delitos, no produciendo la sentencia efectos de cosa juzgada³⁰⁸.

Por otro lado, y como consciente de las críticas vertidas en contra de la configuración de un bien jurídico supraindividual, entiende NIETO que <<al requerir la quiebra que el bien jurídico -sistema crediticio- se vea al menos afectado o conmocionado, no existirá delito en aquellos supuestos en que existen suspensión de pagos, quiebras o concursos de muy pequeña entidad económica>>³⁰⁹ sino que en estos casos, si procede, podría apreciarse la concurrencia de un supuesto de alzamiento de bienes. De tales afirmaciones se deduce que el autor condiciona la apreciación del tipo penal del art. 260 al valor y magnitud del daño económico ocasionado, dándose así, según el autor, una respuesta satisfactoria a las necesidades de política criminal. A renglón seguido expone que <<el delito de quiebra del art. 260 es de aplicación únicamente a operadores de una entidad económica relevante>>³¹⁰. Con ello, se restringe una vez más la aplicación del tipo pues se establece quienes pueden ser considerados sujetos aptos para realizar las conductas delictivas.

En contra de la tesis de NIETO MARTÍN pueden esgrimirse los siguientes argumentos.

En primer lugar, y en lo que atañe al bien jurídico protegido en el delito del art. 260 del CP, ha de indicarse que en los procedimientos concursales, en los que existe una colectividad conformada por los acreedores llamados a la masa³¹¹, no puede decirse que lo que se protege sea algo diferente al derecho de crédito de cada acreedor, sino que en estos casos el derecho de crédito se manifiesta en una dimensión diferente. En este sentido, las acciones individuales de cada acreedor se sustituyen por la acción colectiva que se ejercita en el procedimiento concursal. Desde ese instante, rige el principio <<*par conditio creditorum*>> como manifestación diferente del mismo derecho de crédito. En definitiva, este último principio no deja de ser uno de las formas mediante las cuales se materializa el derecho de crédito.

³⁰⁸ Vid. NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 780.

³⁰⁹ Cfr. NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 782.

³¹⁰ Cfr. NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 782. En este sentido el autor parece inclinarse por tendencias como la italiana, en cuyo ordenamiento se excluye de la aplicación de los delitos de bancarrota a los pequeños empresarios.

³¹¹ Vid. PASTORE, F., *Lezioni di Diritto Fallimentare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1993, p. 70.

En segundo lugar, y en relación con la posibilidad de apreciar un concurso ideal de delitos, es indiscutible que si se acepta que los bienes jurídicos son diferentes en cada grupo de delitos, no habrá inconveniente en admitir como correcto su razonamiento. Sin embargo, esta idea ni se comparte en este trabajo, ni en la mayoría de los estudios doctrinales sobre el tema; a la vez que no parece responder a una política criminal satisfactoria. Como expone GARCÍA SÁNCHEZ <<es del todo inaceptable en el ámbito jurídico penal intentar justificar una clara vulneración del principio *non bis in idem*, utilizando argumentos que, aunque formalmente pudieran considerarse correctos en su formulación, materialmente conducen a unos resultados evidentemente desproporcionados y por lo tanto inadmisibles>>³¹².

En tercer lugar, y respecto de la restricción de la aplicación de los tipos por la intensidad del daño y por el sujeto, ya se dijo en el examen de las tesis supraindividuales que esta idea no parece asumible desde el punto de vista de *lege lata*. Así, si la conducta encaja dentro de la estructura del tipo descrito en el art. 260, éste no puede dejar de aplicarse con base en la cuantía de lo perjudicado, o en el sujeto que realiza la acción -operador de una entidad económica relevante-, pues en la letra de la ley tal restricción no se prevé³¹³.

En conclusión, la propuesta de NIETO sería viable únicamente desde el plano de *lege ferenda* y sólo si se pretendiese reformar la actual configuración de los delitos de insolvencia podría debatirse la conveniencia de adoptar para tales delitos una visión sobre el bien jurídico como la que expone el autor. Sin embargo, de *lege lata*, y teniendo presente que el derecho positivo es el que describe lo que ha de entenderse por ilícito penal, su interpretación deviene inadecuada.

II. 4- Las tesis patrimonialistas.

Varios son los argumentos que han llevado a la doctrina mayoritaria a entender que el bien jurídico común a todos los delitos de insolvencia es el <<derecho de crédito que ostenta el acreedor>>, por lo que atribuyen a estos delitos naturaleza patrimonial. El crédito es uno de los elementos integrantes del patrimonio, y ello independientemente de la concepción que de este

³¹² Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 102.

³¹³ En este sentido puede verse TERRADILLOS BASOCO, J-M., *Empresa y Derecho penal*, cit., p. 161, para quien seguir la tesis propuesta por NIETO supondría tener que excluir la incriminación de las quiebras de pequeña entidad.

último se sostenga. Consecuentemente, el bien jurídico protegido será de naturaleza individual, que no supraindividual. A diferencia de lo que sucede con el pretendido bien jurídico << sistema crediticio >>, en ningún momento la doctrina ha dudado en sostener que tanto el patrimonio como los particulares elementos que lo integran merecen ser considerados como bienes jurídicos penales³¹⁴. De ahí que la intervención del Derecho penal prevista para la protección y salvaguarda del patrimonio frente a los ataques más graves no haya sido puesta en tela de juicio en lo que respecta a su legitimidad.

Partiendo de esta base, y según el criterio dominante en la doctrina, en los delitos de insolvencia punible se tutela el derecho que el acreedor ostenta frente a su deudor cuando este derecho de satisfacción pueda verse frustrado por conductas del deudor dirigidas a hacer desaparecer bienes de su patrimonio con la intención de perjudicar a los acreedores. El art. 1.911 del C.c establece la responsabilidad universal por deudas, mediante la cual el acreedor tiene derecho al cobro de las obligaciones con él contraídas, presentándose como garantía de dicho cobro los bienes presentes y futuros integrantes del patrimonio del deudor³¹⁵. Cuando esta garantía y los mecanismos civiles o mercantiles previstos para proteger el derecho de crédito se revelan ineficaces, el Derecho penal puede y debe intervenir con plena legitimidad. Si el acreedor no encuentra bienes en los que satisfacer sus

³¹⁴ Vid. *supra*. el epígrafe II.1 del Capítulo Primero sobre la cuestión de si el patrimonio en su totalidad puede ser considerado bien jurídico o si por la contra sólo los elementos particulares que lo integran.

³¹⁵ Esta idea ha sido sostenida por la doctrina española desde los primeros estudios publicados sobre el tema. Así lo afirmó **LANDROVE DÍAZ, G.**, *Las quiebras punibles*, Bosch, Barcelona 1970, p. 147 y lo siguen sosteniendo entre otros **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 25 o **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Revista de derecho privado, Madrid 1992, p. 162. También en la doctrina extranjera es posible encontrar autores que, desde los inicios de la tipificación de conductas delictivas relacionadas con la insolvencia, se manifestaron proclives a la protección de las garantías de cobro como bien jurídico único. Véase por ejemplo **LOPES DE ALMEIDA, A./ LOPES DO REGO, C./ DA FONSECA, G./ MARQUES BORGES, J./ VARGES GOMES, M.**, *Crimes contra o património em geral. Notas ao Código Penal. Artigos 313º a 333º*, Rei dos Livros, Lisboa 1983, p. 109. Dicha idea sigue manteniéndose actualmente por autores como **CAEIRO, P.**, “Crimes contra o patrimonio”, cit., pp. 407 y 408. Para este autor no es posible adscribir este delito a la protección directa de los bienes supraindividuales, así pues se trata de un delito pensado y diseñado para la protección única del patrimonio de los acreedores. Posteriormente en otros trabajos, el autor hace mención a la protección dual del patrimonio y del orden económico, pero en ningún momento llega a matizar a que se refiere exactamente. Por ello, cabe pensar que no ha variado su criterio. Vid. del mismo autor, “A relevância da insolvência e da insolvabilidade nos crimes falenciais”, *Temas de Direito Penal Económico*, PODVAL, R., (Dir), Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo 2000, p. 226. En la doctrina alemana puede verse, **MAURACH, R./ SCHROEDER, F-C./ MAYWALD, M.**, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2003, § 48, nm. 8.

créditos por causa de actuaciones del deudor encaminadas precisamente a distraer y hacer desaparecer sus bienes y derechos, no cabe duda en cuanto a la oportunidad de la intervención de la norma penal. Como explica RODRÍGUEZ MOURULLO <<lo intolerable es que el deudor, prevaliéndose ilegítimamente de los legítimos instrumentos del tráfico mercantil, esconda su patrimonio a la responsabilidad que deriva de su deuda y lo haga con ese preciso objetivo de eludir finalmente a sus acreedores y frustrar sus créditos>>³¹⁶.

Razones históricas, así como la ubicación sistemática de estos delitos a lo largo de los Códigos y proyectos anteriores -v. gr. Anteproyecto de Código Penal de 1983 o Proyecto de 1992- avalan la idea de su carácter patrimonial. Con todo, y aunque este es uno de los argumentos empleados por el sector mayoritario para determinar la naturaleza patrimonial de los delitos de insolvencia, no puede decirse que la ubicación de los delitos en los proyectos y anteproyectos sea un verdadero criterio de interpretación y menos aún cuando el propio legislador se muestra vacilante a la hora de incluirlos o no en el conjunto de los delitos patrimoniales³¹⁷. Lo que sí puede entenderse es que se trata de un dato orientativo más de la naturaleza jurídica de los delitos de insolvencia.

Más allá de este hecho, conviene decir que las críticas anteriormente esgrimidas contra los fundamentes de las teorías supraindividuales conforman los pilares básicos de sustento de las tesis patrimonialistas³¹⁸. En este sentido, en las disyuntivas delito socioeconómico-patrimonial, bien jurídico supraindividual-individual, sistema crediticio-patrimonio, la idea del bien jurídico entendido como <<patrimonio>> encuentra su razón de ser tanto en la disponibilidad del bien jurídico, como en la perfecta consonancia de este bien jurídico con la inclusión en el tipo de procedimientos concursales de pequeña entidad.

Más concretamente, puede decirse que en líneas generales la tesis mayoritaria entiende que los delitos de alzamiento de bienes protegen el derecho de crédito de los acreedores singulares, mientras que los delitos concursales tutelan el crédito de los acreedores colectivos o integrados en la

³¹⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Acerca de las insolvencias punibles”, cit., p. 1154.

³¹⁷ En este sentido se manifiesta MANGANO, P., *Disciplina penale del fallimento*, cit., p. 12, para quien las rúbricas bajo las que se cobija a los diferentes delitos no tiene valor normativo ya que pueden ser equivocadas o imprecisas.

³¹⁸ Vid. *supra*. el epígrafe II. 1- b) de este mismo Capítulo Segundo.

masa concursal³¹⁹. Consecuentemente, se descarta toda posibilidad de afectación a bienes colectivos y la utilización de este factor como criterio válido de integración de las figuras delictivas de insolvencia punible en la categoría de los delitos socioeconómicos. Y, si bien es cierto que sí se admite desde el sector doctrinal dominante la existencia de otros intereses lesionados por la conducta delictiva -v. gr el sistema financiero en su conjunto- ello no implica que, como expone GONZÁLEZ CUSSAC, dichos intereses se integren en el objeto de protección, sino que éstos pertenecen al objeto de la lesión³²⁰.

III. Toma de posición.

III. 1- Las insolvencias punibles como delitos socioeconómicos en sentido amplio o impropio.

Analizadas las diferentes posiciones adoptadas por la doctrina, en el presente trabajo se parte de la idea de que las insolvencias punibles no son sino delitos socioeconómicos en sentido impropio. Como ya se expuso en el capítulo anterior la sistematización de los delitos socioeconómicos que se asume es la propuesta por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ³²¹. Desde esta clasificación es posible afirmar la naturaleza socioeconómica de los delitos de insolvencia teniendo siempre presente que en tales tipos penales el bien jurídico protegido en sentido dogmático es el patrimonio³²².

³¹⁹ Vid. GONZALEZ CUSSAC, G., “Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003”, cit., p. 650. También OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *El delito de insolvencia punible del art. 260 Cp a la luz del nuevo Derecho concursal. Aspectos penales y civiles*, cit., pp. 31 y ss. En este mismo sentido, PEDRAZZI, C./ ALESSANDRI, A./ FOFFANI, L./ SEMINARA, S./ SPAGNOLO, G., *Manuale di Diritto Penale dell’impresa*, cit., p. 105. Así, para estos autores, <<la bancarotta non offende interi patrimoniali individuali, isilatamente considerati, offende i creditori nel loro insieme>>. Vid. también PROSDICIMI, S., “Tutela del credito e tutela dell’impresa nella bancarotta prefallimentare”, en *Revista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia*, Cedam, 1999, p. 135.

³²⁰ Vid. GONZALEZ CUSSAC, G., “Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003”, cit., p. 649.

³²¹ Vid. *supra*. el epígrafe III del Capítulo Primero.

³²² De esta misma opinión FARALDO CABANA, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal”, cit., p. 280. Para la autora la proyección mediata de la conducta delictiva sobre el orden socioeconómico es el criterio básico para catalogar a estos delitos como económicos en sentido amplio. En la doctrina italiana puede verse PROSDICIMI, S., “Tutela del credito e tutela dell’impresa nella bancarotta prefallimentare”, en *Revista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia*, cit., p. 138. Para el citado autor, es

Las figuras delictivas de insolvencia punible constituyen así un claro ejemplo de lo que GALLEGO SOLER ha denominado delitos con <<bien jurídico-penal intermedio o mediatizado>>³²³. Si bien es cierto que el autor en ningún momento califica a los tipos de insolvencia punible como delitos socioeconómicos, el concepto de bien jurídico mediatizado que GALLEGO define y desarrolla sirve ahora para explicar la naturaleza socioeconómica que de las insolvencias punibles sí se sostiene en este trabajo. En este sentido, en los delitos de insolvencia punible el legislador ha optado por la protección de un único bien jurídico, a saber, el derecho de crédito que ostenta el acreedor frente al deudor. A la vez, y en una segunda instancia, el correcto funcionamiento del sistema crediticio o, por extensión, el orden socioeconómico, se revelan como bien mediato.

Ante todo, ha de aclararse que la calificación de los delitos de insolvencia como delitos socioeconómicos no es equiparable a la concepción socioeconómica que de estos tipos penales han sostenido hasta el momento algunos autores en la doctrina española. Posiblemente la diferente visión que se mantiene por parte de estos autores tiene su razón de ser en una concepción también diferente del significado de los términos Derecho penal económico y delito socioeconómico. Calificar a un delito como socioeconómico o como patrimonial requiere de cierta reflexión y una justificación clara del porqué se opta por una u otra designación. Según el concepto de Derecho penal económico que se adopte, diferentes pueden ser las soluciones y variadas las críticas, tanto por quienes consideran que no se está ante un delito socioeconómico, como por quienes, considerando esta clasificación acertada, sostienen esquemas y argumentaciones diferentes³²⁴.

la protección del derecho de crédito el objeto principal sometido a tutela, siendo la tutela de la empresa el bien protegido de forma mediata en los delitos de bancarrota.

³²³ Vid. **GALLEGO SOLER, J.-I.**, *Patrimonio y perjuicio patrimonial*, cit., pp. 77 y ss.

³²⁴ Basta por ejemplo detenerse en la propuesta de **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 794. Para la autora los delitos de insolvencia son claramente delitos patrimoniales por cuanto las conductas descritas en los tipos <<atacan siempre y en primer término, a un titular individual, el acreedor, cuyo derecho de crédito se ve defraudado por la autoprovocada falta de solvencia del deudor, no siendo consustancial a las mismas la afectación, siquiera mediata o indirecta del sistema crediticio en su conjunto>>. Puede observarse como admitiendo la posibilidad de la afectación al bien mediato no se asume que tal afectación pueda servir como criterio de clasificación de las insolvencias como delitos socioeconómicos. Puede comprobarse que tanto la posición de HUERTA TOCILDO como la aquí propuesta parten de los mismos presupuestos pero que sin embargo se llega a clasificaciones diversas. En definitiva, se trata de una diferencia sobre el esquema que de los delitos socioeconómicos se sigue.

La evolución del Derecho penal económico, que se encuentra ligada a su vez al desarrollo de la economía y a las diferentes formas en que ésta se manifiesta, permite justificar la inclusión de los delitos de insolvencia punible en la categoría de los delitos socioeconómicos. Ahora bien, que tal inclusión sea procedente no supone modificar todo lo que en torno a tales delitos se había construido principalmente por las tesis patrimonialistas. Así las cosas, tal y como se verá al examinar aspectos como el contenido del injusto, la necesidad del peligro o de la lesión serán fijados respecto del bien jurídico <<derecho de crédito de los acreedores>> y no del bien mediato orden socioeconómico.

En definitiva, lo que se pretende aclarar es que la denominación de los tipos penales de insolvencia como delitos socioeconómicos no supone alterar la configuración que de tales figuras delictivas se venía haciendo por parte de la doctrina. Así, puede servir como ejemplo el hecho de que, si bien los delitos de insolvencia son delitos socioeconómicos, a éstos le es aplicable la causa de exclusión de la pena del art. 268 del CP. Entre las disposiciones comunes del Capítulo X el legislador ha previsto una exención de pena para los delitos patrimoniales cuando exista una relación de parentesco entre los sujetos activo y pasivo del delito³²⁵. A pesar de la naturaleza socioeconómica de los delitos de insolvencia el art. 268 del CP a éstos también se le aplica, pues lo primero viene determinado por el bien jurídico mediato y no por el bien jurídico protegido en sentido técnico.

Las principales consecuencias dogmáticas que se derivan de la configuración de las insolvencias punibles como delitos socioeconómicos en sentido amplio, se resumen en que el bien jurídico que debe ser puesto en peligro o lesionado es el patrimonio individual y que el dolo del autor debe ir referido a la puesta en peligro o lesión del derecho de crédito del acreedor. El bien mediato identificado como <<sistema crediticio>> o, más ampliamente, como <<orden socioeconómico>> no está dotado de relevancia para la interpretación del tipo penal. Este bien mediato tiene relevancia únicamente desde la perspectiva de la política criminal y la justificación de la creación y existencia de los tipos penales de insolvencia punible³²⁶. Tal y como afirma MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ <<podríamos, pues, decir que en estos casos estamos ante delitos acumulativos desde la perspectiva del bien jurídico

³²⁵ Vid. *infra*. el epígrafe XIV del Capítulo Cuarto.

³²⁶ Vid. FARALDO CABANA, P., “Los delitos de alzamiento de bienes, insolvencia fraudulenta y presentación de datos contables falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal”, cit., p. 281.

mediato, lo cual no posee relevancia desde el punto de vista técnico de la interpretación del tipo penal, aunque si puede cobrar algún relieve de cara a la cuestión de la legitimación de la intervención penal>>³²⁷.

Si se trae a colación las ideas expuestas a lo largo del presente capítulo, se apreciará cómo realmente la mayor parte de las tesis propuestas tienen el mismo punto de llegada aunque distinto sea el de salida. Todas las teorías reconocen de una u otra forma la protección de intereses patrimoniales individuales junto con la protección de intereses generales³²⁸. El nombre bajo el que unos y otros cobijen a los delitos de insolvencia punible no presupone un total distanciamiento entre las diferentes tendencias. Del estudio de todas las propuestas de la doctrina es posible extraer una conclusión: la mayoría de los autores aceptan que el bien jurídico protegido en sentido técnico es el <<derecho de crédito >>³²⁹. La diferencia la marca el hecho de que cada tesis parte de presupuestos diferentes de lo que se debe entender por delito patrimonial y delito socioeconómico.

III. 2- Análisis de otros bienes jurídicos de la misma naturaleza dogmática que el bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia punible.

a) Delitos contra la propiedad industrial.

La familia delictiva de los delitos contra la propiedad industrial se ubica en el Título XIII del Código Penal y gira en torno a ella la misma discusión que se suscita respecto de las insolvencias punibles pues, aunque el bien jurídico presenta naturaleza individual, no debe descartarse su proyección social³³⁰. A diferencia de lo que sucede con los tipos penales de insolvencia, la

³²⁷ Cfr. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos-penales”, cit., p. 414.

³²⁸ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico protegido y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 791. Para la autora, los delitos de insolvencia son delitos claramente patrimoniales pero, a la vez reconoce que <<buena parte de los delitos patrimoniales que atañen a intereses patrimoniales individualmente considerados acaba por repercutir, en forma más o menos intensa, en el sistema económico general, pudiendo incluso afectarle directamente y en primer plano>>.

³²⁹ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 450.

³³⁰ Vid. **MAPELLI CAFFARENA, B.**, “Consideraciones en torno a los delitos contra la propiedad industrial”, en *La ciencia del Derecho penal en el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Doc. Cerezo*

mayoría de la doctrina no se opone a la consideración de los delitos contra la propiedad industrial como delitos socioeconómicos, y ello a pesar de que la configuración legal parece ser similar en las dos familias delictivas. En ambos supuestos existe un bien jurídico protegido de forma inmediata de corte individual y un bien mediato identificado con el orden socioeconómico o algún aspecto del mismo³³¹.

En el caso de los delitos contra la propiedad industrial suele identificarse como bien jurídico protegido <<el derecho de uso o explotación exclusiva de los objetos amparados por un título de propiedad industrial previamente inscrito en la Oficina Española de Patentes y Marcas>>³³² o el <<monopolio legal o derecho de exclusividad que constituye el contenido básico de todas y cada una de las modalidades de propiedad industrial>>³³³.

De esta definición cabe extraer la naturaleza individual del bien jurídico en sentido técnico. El titular del bien jurídico será pues el titular registral del derecho de propiedad industrial de que se trate y su consentimiento produce la impunidad de la conducta. Precisamente, la posibilidad de que el consentimiento del titular del derecho excluya la tipicidad de las conductas pone de manifiesto la absoluta disponibilidad del bien jurídico. Asimismo, antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, para la reforma del Código Penal podía argumentarse además el hecho de que se exigiese para la persecución de los delitos contra la propiedad industrial la denuncia previa de la persona agraviada³³⁴. Actualmente esta exigencia se ha eliminado y estos delitos se transforman en públicos, no obstante ello no determina un cambio de orientación en relación con la naturaleza del bien jurídico protegido sino que sigue tratándose de tipos

Mir, Tecnos, Madrid 2002, p. 1404. El autor identifica junto al bien jurídico individual la protección de otros bienes macroeconómicos como la confianza en el mercado o la competencia leal.

³³¹ Vid. **GUINARTE CABADA, G.**, “Bien jurídico protegido por la norma del artículo 534 del Código Penal”, en *Comentarios a la legislación penal*, COBO DEL ROSAL, M., (Dir), Revista de Derecho privado, Madrid 1991, Tomo XIII, p. 18. El autor califica a los delitos de propiedad industrial como delito socioeconómico en sentido amplio siguiendo la definición que del Derecho penal económico formuló BAJO FERNÁNDEZ.

³³² Cfr. **VALLE MUÑIZ, J-M.**, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir)/ MORALES PRATS, F., (Coord), Aranzadi, Cizur Menor 2007, p. 791.

³³³ Cfr. **GUINARTE CABADA, G.**, “Bien jurídico protegido por la norma del artículo 534 del Código Penal”, cit., p. 16. Pueden verse además otras definiciones de autores diversos que se recogen en la obra así como la bibliografía citada.

³³⁴ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 156.

penales que protegen en primera instancia un bien jurídico individual y patrimonial.

Y si bien la doctrina coincide en la naturaleza individual del bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial, a la vez reconoce la proyección de tales conductas en el ámbito de lo socioeconómico. Uno de los ejemplos de dicha proyección lo constituye justamente el hecho de que estos tipos penales hayan pasado a ser delitos públicos. El argumento que en su momento fue utilizado para justificar la naturaleza patrimonial de los delitos contra la propiedad industrial sirve ahora para poner de manifiesto que estos tipos penales tienen repercusión más allá de la esfera meramente individual. Es más, incluso antes de la entrada en vigor de este cambio, el art. 287. 2 del CP ya exceptuaba la necesidad de la denuncia en los delitos de propiedad industrial cuando la comisión del delito afectase a los intereses generales o a una pluralidad de personas³³⁵. A través de esta excepción a la denuncia, quedaba patente la conciencia del legislador de que las consecuencias derivadas de la comisión de estos delitos se extendían más allá los límites de los intereses individuales.

Así las cosas, en los delitos de propiedad industrial vendría a reproducirse un fenómeno idéntico al de los tipos penales de insolvencia punible, esto es, es posible identificar un bien jurídico protegido en primera instancia que sirve a la interpretación del tipo y determinación de las conductas constitutivas del delito y un bien jurídico mediato conformado por el contexto <<orden socioeconómico>>. En este último sentido, puede afirmarse que se trata de conductas que implican una vulneración de las normas dictadas por el Estado en materia de propiedad industrial destinadas al control de la competencia y buen funcionamiento del mercado. La propiedad industrial por la materia a que se refiere -derecho de patentes y marcas- se encuentra íntimamente ligada a la libre competencia por lo que, al proteger los derechos individuales que se otorgan al titular registral se concede conjuntamente una tutela a la libre competencia y buen funcionamiento del mercado³³⁶. Desde el punto de vista penal estos últimos intereses no son considerados bienes jurídicos protegidos en sentido técnico sino que permanecen en un segundo plano dando mayor sentido a la intervención penal. Al igual que sucede en los delitos de insolvencia punible su función es la de justificar la intervención del legislador penal en un ámbito ya regulado

³³⁵ Cfr. **JORDANA DE POZAS, L.**, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 2944.

³³⁶ Vid. **LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M.**, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996, p. 141.

por normas extrapenales. Precisamente, una de las críticas que se suscitan en torno a los delitos de propiedad industrial es el peligro de vulneración del principio de intervención mínima, por lo que a la hora de delimitar las conductas más graves la posible repercusión en el orden socioeconómico se revela como un factor importante de legitimación y justificación.

Puede decirse que en estos delitos, aunque el titular registral que ve perturbado su derecho de exclusiva es el sujeto pasivo titular del bien jurídico, otros intereses diferentes, aunque no directos, se ven involucrados. La tutela de estos derechos de exclusiva interesa al Estado, a los de los diversos operadores en el mercado y a los propios consumidores³³⁷. De ello cabe deducir que puede apreciarse una dimensión socioeconómica en los delitos contra la propiedad industrial de una forma asimilable a lo que sucede en los delitos de insolvencia.

b) Los delitos de competencia desleal.

Actualmente, el Código Penal de 1995 tipifica las conductas de revelación de secretos de empresa en los arts. 278 a 280 y los incluye, junto con los delitos contra los consumidores y delitos contra el libre mercado o libre competencia, en la sección 3ª del Capítulo XI, Título XIII, bajo la rúbrica “De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”.

El bien jurídico protegido se equipara a la <<capacidad competitiva de la empresa>> o el <<interés económico del empresario en el mantenimiento de la reserva>>³³⁸. Así entendido, queda patente y evidenciado el valor económico que entraña el concepto de <<secreto empresarial>>. El sujeto pasivo se identifica con el empresario o la empresa titular del secreto de empresa quien consigue, mediante la reserva de la información valiosa, configurar la estrategia competitiva porque permite mantener la posición ganada en el mercado o incrementar su capacidad competitiva.

³³⁷ Sobre la concurrencia de intereses más allá de lo propiamente particular puede verse **MUÑOZ CONDE, F.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 474, cuando dice <<en última instancia, lo que el derecho protege en esta materia es una competencia leal entre los empresarios que, al mismo tiempo que un interés patrimonial privado, tiene también un contenido socioeconómico en la medida en que incide en los derechos de los consumidores>>.

³³⁸ Cfr. **MORÓN LERMA, E.**, *El secreto de Empresa: Protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Elcano 2002, p. 130. También **CARRASCO ANDRINO, M-M.**, *La protección penal del secreto de empresa*, Cedens, Barcelona 1998, p. 143 y **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, “Delitos relativos al mercado y a los consumidores”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ASÚA BATARRITA, A., (Ed), Servicio Editorial del País Vasco, 1996, p. 147.

Frente a esta posición dominante, algunos autores sostienen que el bien jurídico es <<el sistema concurrencial en su conjunto y el correcto funcionamiento del mercado>>³³⁹. Este bien jurídico se caracterizaba por ser un bien jurídico supraindividual, a la vez que el sujeto pasivo se identificaría con los agentes participantes en el ámbito mercantil y empresarial.

Más allá de este último apunte, lo cierto es que en los delitos de competencia desleal el bien jurídico protegido en sentido técnico goza de naturaleza patrimonial, pues lo que en primera instancia se protege es el conjunto de intereses económicos que la información objeto del delito aporta a los agentes que actúan en el mercado. Sin embargo, y una vez más, en un segundo plano puede afirmarse que el fin último de la norma es el de preservar la <<competencia leal>> como institución esencial del orden económico establecido³⁴⁰. En este sentido, los actos constitutivos de competencia desleal afectan tanto al conjunto de empresarios que operan en el mercado como los propios intereses de los consumidores. Estas posibles repercusiones en el correcto funcionamiento del mercado a través de la competencia leal, nítida y clara, no conformarían el bien jurídico directamente protegido sino que, por el contrario, su función es la de colaborar en la justificación de la tipificación de las conductas.

c) Los delitos societarios.

Los delitos societarios se recogen en el Código Penal de 1995 en los artículos 290 a 297, criminalizando determinadas conductas que -a excepción del art. 294³⁴¹- pueden clasificarse como constitutivas de delitos

³³⁹ Como ejemplo de esta posición véase **FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M-T.**, *Protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid 2000, p. 110.

³⁴⁰ Cfr. **CARRASCO ANDRINO, M-M.**, *La protección penal del secreto de empresa*, cit., pp. 143 y 144. Donde se diferencia claramente el significado de la *ratio legis* y cita textualmente a PEDRAZZI diciendo <<la *ratio* es un concepto más amplio que el de bien jurídico, en la que no sólo tiene cabida el objeto, sino también el grado y condiciones de la tutela, en definitiva sus límites>>.

³⁴¹ Se excluye el art. 294 del CP porque este delito se diferencia de los demás tipos societarios por cuanto se trata de un delito socioeconómico en sentido estricto. Véase **MORENO CÁNOVES, A./ RUIZ MARCO, F.**, *Delitos socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza 1996, p. 323. En el mismo sentido véase **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, cit., p. 260, quien dice que <<lo que se protege es un bien jurídico colectivo inmaterial a través del cual se pretende regular la actividad interventora de la Administración pública en la economía>>. Asimismo puede verse **VALLE MUÑIZ, J-M./ QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F.**, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir)/ MORALES PRATS, F., (Coord), Aranzadi, Cizur Menor 2007, p. 913. Exponen los citados autores que a diferencia de los demás delitos societarios, en los que se protegen determinados intereses económicos de los socios y accionistas, en el art. 294 se criminaliza la infracción de un deber de colaboración con los órganos o entidades administrativas de supervisión o inspección.

socioeconómicos en sentido amplio. Localizados en el capítulo XIII del Título XIII, la mayoría de los delitos societarios están orientados principalmente a la tutela de intereses patrimoniales de los socios, de la sociedad y de terceros³⁴².

La familia delictiva de los delitos societarios era desconocida en la normativa penal española hasta su tipificación en el Código actual³⁴³. En su momento, la doctrina llegó a calificar su ausencia como <<inexplicable>> e incluso <<escandalosa>>³⁴⁴. Lo cierto es que su tipificación dio cobertura a indeseables lagunas de punibilidad ya que los delitos clásicos, como la apropiación indebida o la falsedad documental en documento mercantil, se mostraban ineficaces para dar solución a determinados comportamientos que estaban necesitados de sanción penal³⁴⁵. Sirva como ejemplo de esta cobertura la tipificación de la falsedad documental en documento de la sociedad cometida por el administrador de hecho o de derecho de una sociedad -art. 290 del CP-. Si se observan las diversas modalidades de comisión que este tipo penal comprende, se podrá comprobar que se incluye la tipificación de la falsedad ideológica cometida por un administrador de hecho o de derecho. Este delito conforma una de las excepciones a la regla general establecida por el legislador de que las falsedades ideológicas cometidas por particular son impunes³⁴⁶. En opinión de un sector de la doctrina, en el que se incluyen

Consecuentemente lo que se protege no son sino <<las reglas de ordenación del sistema económico en general en el segmento concreto de las sociedades que por su propia naturaleza o por su actividad se encuentran sometidas a supervisión administrativa>>. En la misma línea, **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios*, cit., p. 518 y **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995”, en *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., (Dir), Colección cursos y congresos nº 45, Servicio de publicaciones de la Universidad de A Coruña, A Coruña 1998, p. 130.

³⁴² Vid. **FERNÁNDEZ TERUELO, J-G.**, *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, Dykinson, Madrid 1998, p. 126.

³⁴³ Aunque el Código Penal de 1973 no hacía mención a estos delitos sí se contemplaban en los proyectos de Código Penal de 1980 y 1992. Precisamente en la Exposición de este último, y en plena discusión a cerca de la existencia de delitos acaballados entre los patrimonial y lo socioeconómico, se califica a los tipos penales de propiedad industrial como delitos socioeconómicos.

³⁴⁴ Cfr. **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995”, cit., p. 81.

³⁴⁵ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, “Delitos contra el orden socioeconómico. Los nuevos delitos societarios”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ASÚA BATARRITA, A., (Ed), Servicio Editorial del País Vasco, 1996, p. 195.

³⁴⁶ Vid. **GARCÍA CANTIZANO, M-C.**, *Falsedades documentales*, Tirant lo blanch, Valencia 1994, p. 233 y **VILLACAMPA ESTIARTE, C.**, *La falsedad documental: Análisis Jurídico-penal*, cit., p. 436. La falsedad ideológica se caracteriza por afectar a la veracidad del documento, esto es, consiste en la aseveración de lo que no es cierto, afectando entonces al contenido del documento. La

GÓMEZ BENÍTEZ o MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, cubre una importante laguna de punibilidad por cuanto, a diferencia del art. 392 del CP³⁴⁷, sí sanciona la falsedad ideológica cometida por el administrador³⁴⁸.

La justificación a la tipificación en estos casos de la falsedad ideológica responde a la idea de que en el tráfico económico actual la actividad desarrollada por las sociedades mercantiles ha llegado a alcanzar cotas amplísimas, por lo que la transparencia en sus actuaciones se reviste de un interés general tanto para el Estado, como para los diferentes agentes económicos que actúan en el mercado como para terceros³⁴⁹. El principio de publicidad y de imagen fiel está presente en la legislación mercantil como instrumento para el mantenimiento de la economía de mercado. La información reflejada en los documentos de la sociedad debe estar revestida de veracidad³⁵⁰ y transparencia para dar cumplimiento al principio básico de imagen fiel. Dicho principio ha de ser entendido como la representación clara y exacta de las realidades jurídica y económica de la sociedad mercantil y en especial de su patrimonio³⁵¹. Por tanto, cuando el administrador falsea esta información manipulando y alterando los documentos de la sociedad infringe

jurisprudencia la ha definido como <<la proyección de ideas manifiestamente falsas, con mutación sensible de la verdad respecto de los elementos esenciales del documento y con trascendencia sobre el acto jurídico que se documenta>>. Sobre este último aspecto puede verse **SUÁREZ GONZÁLEZ, C.-J.**, “Falsedad ideológica y tipicidad penal”, en *Derecho Penal y Empresa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2002, p. 160.

³⁴⁷ El art. 392 del CP recoge el catálogo de conductas cometidas por un particular consistentes en la realización de una falsedad. Si se compara este delito con el tipificado en el art. 390, en el que se recogen los delitos de falsedad cometidos por autoridades o funcionarios públicos, se comprobará que a diferencia de este último en el art. 392 se exceptúa la conducta de faltar a la verdad en la narración de los hechos. Se fija así una de las excepciones a la sanción de las falsedades ideológicas cometidas por particular.

³⁴⁸ Cfr. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 198. También **GÓMEZ BENÍTEZ, J.-M.**, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*, cit., p. 191.

³⁴⁹ El Estado está interesado en la llevanza de una contabilidad correcta y clara porque debe llevar a cabo las tareas de fiscalización de las empresas. Para los acreedores es una garantía de sus créditos ya que una ordenada contabilidad permite comprobar la existencia garantías de cobro. También afecta a los socios actuales que participan del beneficio social y a los potenciales para comprobar la conveniencia de entrar a formar parte de la sociedad. Vid. **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Principios de Derecho mercantil*, cit., p. 45.

³⁵⁰ Las normas mercantiles referidas a la contabilidad muestran una clara pretensión de salvaguarda de la veracidad. Basta la lectura del art. 29 del Cco para comprobarlo pues dice <<deberán salvarse a continuación, inmediatamente que se adviertan los errores u omisiones padecidos en las anotaciones contables>>.

³⁵¹ Cfr. **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios*, cit., p. 352.

este principio y pone en peligro los patrimonios de la sociedad, los socios y de terceros.

Al hilo de estas afirmaciones puede decirse que en esta familia delictiva es preciso distinguir un bien protegido en sentido técnico y un bien jurídico mediato. Una vez más el patrimonio se presenta como el bien inmediato, mientras que <<el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles>> ostenta la calificación de bien mediato³⁵². Precisamente la tutela mediata del correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, que a su vez supone la defensa del orden económico, justifica su inclusión como delitos socioeconómicos. En la economía en general, la actividad que llevan a cabo las sociedades mercantiles juega un papel importante y destacado, sobre todo en los tiempos actuales donde la creación de sociedades anónimas y grandes grupos de sociedades se suceden continuamente. En resumen, puede afirmarse que normar y tutelar su funcionamiento en el mercado supone tutelar simultáneamente el orden socioeconómico³⁵³.

Se reproduce en esta familia delictiva por tanto el mismo efecto que en los delitos de insolvencia punible. Así, la realización de las conductas constitutivas del tipo perjudican en primer término al sujeto titular de un interés patrimonial -la sociedad, el socio, un tercero- y, a su vez, pueden producirse efectos colaterales en el orden socioeconómico, aunque ello no suceda siempre o al menos no con la misma intensidad en todos los supuestos³⁵⁴. Algunos tipos penales son considerados por la doctrina especializada delitos pluriofensivos, por lo que habrá dos o más bienes jurídicos protegidos en sentido técnico y, además, un bien jurídico mediato. Así acontece por ejemplo con el delito del art. 290 del CP relativo a la falsedad de los documentos de la sociedad. En este particular delito los bienes tutelados en sentido técnico serían dos, a saber, la funcionalidad del documento y el patrimonio³⁵⁵. La lesión o la puesta en peligro debe ir dirigida

³⁵² Vid. **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios*, cit., p. 74. Puede verse también **RUBIO LARA, P-A.**, *Parte Especial de Derecho penal económico español*, cit., p. 25.

³⁵³ Vid. **RUBIO LARA, P-A.**, *Parte Especial de Derecho penal económico español*, cit., p. 25.

³⁵⁴ Vid. **FERNÁNDEZ TERUELO, J-G.**, *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, cit., p. 116.

³⁵⁵ Vid. **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios*, cit., p. 370 y **SOUTO GARCÍA, E-M.**, “Problemática concursal en torno al delito de presentación de datos contables falsos del art. 261 del CP. Especial referencia a sus relaciones con el delito de falsedad en documento de la sociedad”, cit., p. 915. En contra de esta opinión puede verse **MORENO CHAMARRO, I.**, *Delitos societarios*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2005, p. 19, para quien lo que se protege es la necesaria veracidad de los datos de la situación económica de la sociedad. Por su parte, y con una tesis también diferente a la que sostiene en el presente trabajo, **FERNÁNDEZ TERUELO** entiende que

hacia estos dos bienes jurídicos. Así, el tipo básico recogido en el art. 290 del CP se configuraría como un delito de peligro abstracto para el patrimonio individual y de lesión para la funcionalidad del documento³⁵⁶. Por su parte, y a diferencia del primer apartado, el tipo agravado del art. 290. 2º del CP contiene un delito de lesión para ambos bienes jurídicos protegidos. En un segundo plano, y como bien mediato, se localizaría el interés jurídicamente tutelado <<correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles>>. Para la consumación del delito no se requería la lesión o puesta en peligro de este bien mediato.

Por todo ello, la doctrina mayoritaria³⁵⁷ se muestra coincidente en la idea de que, en los delitos societarios se protegen intereses patrimoniales, aunque se tienen en cuenta otros intereses supraindividuales de carácter socioeconómico como parte de la *ratio legis*³⁵⁸.

se trata de un delito exclusivamente patrimonial en el que, al proteger la veracidad de la información social, lo que ampara realmente son los intereses patrimoniales de los sujetos a los que dicha veracidad va dirigida. Vid. **FERNÁNDEZ TERUELO, J-G.**, *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, cit., p. 167.

³⁵⁶ Sobre el concepto de <<funcionalidad del documento>> puede verse extensamente **BOLDOVA PASAMAR, M-A.**, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Comares, Granada 2000, p. 54.

³⁵⁷ Un escueto resumen de las distintas posiciones doctrinales puede verse en **ESCUDERO, J-F./ GARCÍA, M-C.**, *Delitos societarios, de la Receptación y contra la Hacienda pública*, Bosch, Barcelona 1998, pp. 38 y ss.

³⁵⁸ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 1999, p. 506. En idénticos términos se pronuncia **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, “Delitos contra el orden socioeconómico. Los nuevos delitos societarios”, cit., p. 199.

CAPÍTULO TERCERO

EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA.

I. Consideraciones generales.

Tal y como se expuso en el capítulo introductorio, una de las novedades más aplaudidas de las introducidas por el legislador en el Código Penal de 1995 ha sido la nueva redacción que se ha proporcionado al Capítulo VII dedicado a los delitos de insolvencia. Bajo la rúbrica “De las insolvencias punibles” se recoge un total de cinco artículos en los que se tipifican seis conductas delictivas que presentan como elemento común el hecho de ir referidas todas ellas a una situación de insolvencia. A diferencia del Código Penal de 1973, que utilizaba la equívoca expresión “De los delitos de alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punible” y que llevaba a entender que cuatro eran los delitos tipificados, el actual Código deja suficientemente claro que la insolvencia no constituye un delito en sí misma considerada sino que, lejos de ello, la insolvencia resulta ser el género o elemento aglutinante de todos los delitos que bajo esta intitulación se reúnen³⁵⁹.

Como se ha concluido en el Capítulo precedente, en líneas generales puede decirse que en estos delitos se tipifica la provocación o agravación dolosa del estado de insolvencia con la pretensión de perjudicar a los acreedores, los cuales no podrán cobrar los créditos que anteriormente hubiesen contraído por causa de la crisis económica. No obstante lo dicho, esta regla general presenta como excepción el tipo penal del art. 261 del Código Penal. Aunque la insolvencia está presente en este delito por ser un procedimiento concursal el contexto en el que se desarrolla la conducta, se trata en realidad de un delito de falsedad contable y no de una figura delictiva

³⁵⁹ Vid. MAZA MARTÍN, J-M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 279.

que sancione la provocación o agravación de la insolvencia³⁶⁰. Ahora bien, pese a no requerirse por el tipo penal que la insolvencia haya sido provocada o agravada por el deudor, ésta es el núcleo central de la conducta ya que lo que se pretende obtener con la falsedad es la indebida declaración del procedimiento concursal.

Pues bien, si se acepta que la insolvencia es el elemento unificador de todos los delitos de cuyo análisis versa el presente trabajo, resulta evidente y necesario definir el significado del término en cuestión. Como podrá apreciarse, el tratamiento de la insolvencia no se circunscribe únicamente al ámbito penal. Bien al contrario, y como se pondrá de manifiesto, tanto el Derecho mercantil como civil articulan mecanismos legales destinados a solucionar las situaciones de desbalance económico, entre las cuales se encuentra la insolvencia.

II. El concepto mercantil de insolvencia y su regulación.

Hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal la insolvencia era tratada en el Derecho mercantil mediante dos procedimientos independientes, estos eran, el procedimiento de quiebra y el expediente de suspensión de pagos. Asimismo, también el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 incluían dentro del marco de su disciplina jurídica una serie de normas que regulan la institución del <<concurso de acreedores>> y destinadas a tratar jurídicamente la insolvencia del deudor no comerciante o no empresario. La actual Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, ha supuesto un cambio fundamental en el tratamiento de las situaciones de insolvencia tanto en el plano material como procesal. Precisamente, el concepto de insolvencia ahora estudiado ha sido uno de los elementos afectados por la novedosa norma.

En los epígrafes siguientes se analizarán tanto la normativa vigente como la ya derogada referida a los procedimientos de quiebra, al expediente de suspensión de pagos y al concurso de acreedores. Antes del 1 de

³⁶⁰ Vid. **MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.**, “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 680. Asimismo puede verse **SOUTO GARCÍA, E-M.**, “Problemática concursal en torno al delito de presentación de datos contables falsos del art. 261 del CP. Especial referencia a sus relaciones con el delito de falsedad en documento de la sociedad”, cit., p. 897.

septiembre de 2004³⁶¹ los tipos de insolvencia se interpretaban teniendo presentes las disposiciones que respecto de estos procedimientos se preveían en el Código de Comercio y la Ley de Suspensión de Pagos³⁶². Por este motivo, conviene extender el análisis del concepto de insolvencia al examen de dichas normas mercantiles.

II. 1- La antigua regulación mercantil.

Como ya se ha señalado, la insolvencia era tratada en el Derecho mercantil mediante el procedimiento de quiebra y el expediente de suspensión de pagos. La existencia de esta dualidad no era casual sino que respondía a la existencia de dos realidades diferentes³⁶³.

En este sentido, comúnmente se venía entendiendo por la doctrina mercantilista que era posible diferenciar entre dos tipos de insolvencia, a saber, la provisional o relativa y la definitiva o absoluta. La insolvencia definitiva se identificaba con aquella situación en la que existía un desequilibrio entre los valores patrimoniales activos y los pasivos, lo que revelaba una impotencia del patrimonio para solventar íntegramente las

³⁶¹ Recuérdese que fue la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, la que operó la reforma de los artículos del Código Penal referidos a los delitos concursales. En su Disposición Final Quinta se establece la validez y efectividad de los cambios en el mismo momento en que entró en vigor la Ley Concursal. De esta forma, las variaciones en la letra de los artículos 259 a 261 del CP se adelantó un mes respecto a la entrada en vigor de las restantes modificaciones efectuadas por la Ley de reforma 15/2003.

³⁶² Como puede apreciarse no se hace referencia a los procedimientos de quita y espera y concurso de acreedores recogidos en el C.c y Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que este trabajo se centra exclusivamente en los procedimientos de quiebra y expediente de suspensión de pagos. La razón es puramente práctica ya que escasas, por no decir casi inexistentes, han sido las ocasiones en que los tribunales han aplicado esta normativa.

³⁶³ Asimismo sucede por ejemplo en Italia ya que la diversidad de situaciones ha dado lugar a su vez a diferentes procedimientos destinados a tutelar la insolvencia definitiva y transitoria. Los procedimientos que pueden iniciarse presentan peculiaridades propias que nada tienen que ver en muchos casos con los previstos en el ordenamiento jurídico español. El legislador italiano ha optado por recurrir a la técnica de la ley especial para el tratamiento unitario de la insolvencia. El texto que regula todos los aspectos -procesales y sustanciales- referentes a la situación de insolvencia es la Legge Fallimentare, r.d 16 de marzo 1942, Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. Cada uno de estos procedimientos se adecua a una realidad diferente. Todos ellos van dirigidos a tutelar crisis de empresa y situaciones de insolvencia, de forma que puede pretenderse terminarse bien en la conservación de la empresa, bien en su liquidación. Sobre estos diferentes procedimientos de tratamiento de la insolvencia puede verse **MAFFEI ALBERTI, A., (Coord), *Diritto Fallimentare*, Monduzzi Editore, Bologna 2002, *passim*.**

deudas contraídas³⁶⁴. Frente a ella, la insolvencia provisional presentaba un activo patrimonial superior o igual al pasivo, sin embargo, por razones de liquidez, vencidas las deudas contraídas, su pago se hacía inoperante de forma pasajera o transitoria³⁶⁵. Como se deduce de lo dicho, el principal supuesto de la insolvencia provisional era la falta de liquidez.

Por todo ello, se puede concluir que el impago de las deudas a su debido tiempo podía deberse bien a una situación de insuficiencia de bienes, bien a la imposibilidad de realizar los bienes y derechos existentes. La regulación de la insolvencia definitiva se remonta al C.co de 1829 que dedicaba los artículos 1.002 a 1.177 a esta cuestión y que posteriormente fue modificado por el C.co de 1885, dedicando a la quiebra los artículos 870 a 954. Ya en este último Código se hacía referencia a la suspensión de pagos, aunque su completa regulación se realiza con la aprobación y entrada en vigor de la una ley específica, esto es, la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922. Esta ley, la Ley de Suspensión de Pagos, partía de esta misma distinción entre la insolvencia definitiva y la provisional. Textualmente, en el art. 8 de la LSP se establecía que <<el propio juez declarará si por ser el activo superior al pasivo debe considerarse al suspenso en estado de insolvencia provisional, o si, por ser inferior, debe conceptuarse en estado de insolvencia definitiva>>.

Parece quedar más o menos claro que el procedimiento de quiebra previsto en el C.co y la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1981 - arts. 1.323 a 1.396- regulaba aquella situación en que la insolvencia se manifestaba como definitiva³⁶⁶. Así, no en vano, el art. 10 de la LSP establecía que, si el juez de lo civil mantenía la calificación de la insolvencia como definitiva, no convocaría a la Junta de acreedores en caso de que, además de la calificación de la insolvencia como definitiva, el suspenso o los acreedores que representasen un total de 2/5 del total del pasivo solicitasen que se sobreseyera el expediente por suspensión de pagos o que se declarase la

³⁶⁴ Cfr. **URÍA, R.**, *Derecho mercantil*, cit., p. 1017.

³⁶⁵ Si se realiza nuevamente un estudio comparado con la legislación italiana, se verá como en principio la Corte de Casación en la sección civil, requería para declarar fallito -quebrado- al deudor en cuyo patrimonio el pasivo fuese superior al activo. Posteriormente se cambió la orientación y ahora se permite declarar el fallimento cuando la superioridad del activo se acompañe de la imposibilidad actual del deudor de cumplir con sus obligaciones. Puede verse en este sentido la Sentencia del Tribunal de Casación de 26 de junio de 1992. En la doctrina véase **PAJARDI, P.**, *Manuale de Diritto Fallimentare*, Giuffrè, Milano 2002, p. 77, en especial, la nota al pie 20.

³⁶⁶ Vid. **SOTO VÁZQUEZ, R.**, *Quiebras y concurso de acreedores*, cit., p. 19.

quiebra³⁶⁷. Esta previsión del legislador mercantil se traducían en que la conversión del expediente de suspensión de pagos en un procedimiento de quiebra requería en todo caso que la insolvencia fuese definitiva.

La mayoría de la doctrina mercantilista se muestra de acuerdo en entender que la suspensión de pagos era un procedimiento anterior y preventivo de la quiebra, de forma que se concedía al deudor comerciante que atravesaba una situación de crisis económica la posibilidad de llegar a convenios con sus acreedores para aplazar el cobro de las deudas³⁶⁸. Así entendido, la posibilidad de que un comerciante pudiera ser declarado suspenso suponía un verdadero privilegio³⁶⁹. Desde el mismo momento en el que el juez admitía a trámite la solicitud de suspensión de pagos, éste mediante providencia paralizaba el total de las acciones que contra el patrimonio del deudor hubiesen iniciado ya los acreedores, así como todas aquellas acciones de previsible iniciación³⁷⁰.

Así las cosas, puede decirse que el hecho de que el procedimiento de quiebra se caracterizase por ser un procedimiento liquidatorio, precisamente por tratarse de una insolvencia definitiva que impedía la recuperación de la actividad empresarial, no implicaba indefectiblemente que la suspensión de pagos se ocupase exclusivamente de tratar la insolvencia provisional. Lejos de ello, era perfectamente posible que en la tramitación de un expediente por suspensión de pagos se escondiese una verdadera situación de quiebra³⁷¹.

³⁶⁷ Vid. art. 10 de la LSP donde se dice: <<En los casos de insolvencia provisional, en el mismo auto en que declare la suspensión de pagos conforme al artículo 8 acordará el juez la convocatoria de la Junta general de acreedores. En los casos de insolvencia definitiva no se acordará la convocatoria hasta que transcurra el plazo de quince días señalado en el artículo 8 para la consignación o afianzamiento del déficit. Si el juez, cumplido este trámite mantuviese la calificación de insolvencia definitiva convocará inmediatamente la Junta, a no ser que en el plazo de cinco días el suspenso o acreedores que representen los dos quintos del total pasivo soliciten que se sobresea el expediente o que se declare la quiebra>>.

³⁶⁸ Vid. **URÍA, R.**, *Derecho mercantil*, cit., pp. 1017 y 1076.

³⁶⁹ Lo mismo sucede en Italia con el procedimiento de <<amministrazione controllata>>, ya que se basa principalmente en la paralización de las acciones ejecutivas de los acreedores y de la concesión de una moratoria al deudor. Vid. en este sentido **PASTORE, F.**, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1993, p. 31.

³⁷⁰ Vid. **URÍA, R.**, *Derecho mercantil*, cit., p. 1082. En la obra citada pueden verse enumerados los efectos que sobre el deudor y los acreedores provoca la admisión a trámite.

³⁷¹ Vid. **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Instituciones de Derecho mercantil*, Vol II, MacGrawHill, Madrid 2003, p. 496. En el mismo sentido véase **GONZÁLEZ MONTES, J-L.**, *La calificación civil de la quiebra en el proceso civil*, cit., p. 303.

En conclusión, de todo lo dicho se deduce que, en línea de principio, el procedimiento de quiebra regulaba la situación de insolvencia cuando esta era definitiva, puesto que lo que se pretendía era la liquidación de la empresa y el pago de las deudas insatisfechas a cuenta del patrimonio liquidado³⁷². Frente a ello, la tramitación de un expediente de suspensión de pagos procuraba la rehabilitación de la empresa y estaba pensado para situaciones de insolvencia subsanable y provisional³⁷³, aunque a su vez se preveía la posible transformación del expediente de suspensión de pagos en un procedimiento de quiebra si se descubriese que la insolvencia era en realidad definitiva -recuérdese la previsión de los arts. 8 y 10 de la LSP-³⁷⁴.

La pregunta que debe responderse a estas alturas es si, durante la vigencia de esta normativa era posible y pertinente calificar a la insolvencia como provisional o definitiva o si, simplemente, cabía hablar de una clase de insolvencia. Ya en la doctrina mercantilista, SÁNCHEZ CALERO criticó en su momento la terminología utilizada por la Ley de Suspensión de Pagos al entender que se manifestaba errónea por cuanto <<la insolvencia hace referencia a un estado de impotencia patrimonial permanente que mal puede conjugarse con el término de provisional>>³⁷⁵. Siguiendo su argumentación cabría deducir que, en aquella situación en que el activo supera al pasivo -esto es la denominada insolvencia provisional- no existe realmente una insolvencia ya que en el patrimonio del deudor existen bienes suficientes para cubrir el total de las deudas, aunque no sea posible su transformación en dinero. Será pues más adecuado utilizar para dichos casos el término falta de liquidez y no el de insolvencia³⁷⁶.

³⁷² Lo mismo sucede en el ordenamiento jurídico italiano, ya que el procedimiento de <<fallimento>> sólo es aplicable en el caso de insolvencia definitiva e irreversible. De no ser así, la insolvencia será tratada, como se indicó en una nota anterior, por la <<amministrazione controllata>> o el <<concordato preventivo>>. Vid. **PASTORE, F.**, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 45 y 76, en ésta última véase concretamente la nota primera.

³⁷³ Vid. **CORDÓN MORENO, F.**, *Proceso concursal*, Aranzadi, Madrid 2003, p. 20.

³⁷⁴ Vid. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.-J.**, *Derecho mercantil*, Ariel Derecho, Barcelona 2002, p. 783 o también **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., p. 496.

³⁷⁵ Cfr. **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., p. 495.

³⁷⁶ Vid. **URÍA, R.**, *Derecho mercantil*, cit., p. 1018. Esta misma idea fue sostenida en Portugal por COUTINHO DE ABREU respecto del concepto que de insolvencia se sostenía en el antiguo Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência de 1993 - posteriormente reformado en 1998-. Tras la reforma se introdujo como elemento identificador de la insolvencia el hecho de que el deudor no contase con <<activo disponible>>, es decir, medios líquidos para satisfacer sus deudas. El citado autor critica esta modificación asegurando que la falta de activo líquido no puede ser asimilado a la situación de insolvencia. Con la derogación del CPEREF y la

Dejando a un lado la crítica sobre la terminología utilizada por la Ley de Suspensión de Pagos, lo cierto es que, en sede de Derecho mercantil y con base en esta regulación ya derogada, la insolvencia podía ser provisional o definitiva, por cuanto la primera implicaba un adelanto de la segunda o mejor dicho un indicador de que tal situación podía llegar a producirse. Se consideraba por parte del legislador mercantil que era necesario que la falta de liquidez fuese tratada y regulada para evitar que pudiera derivar en una situación de necesidad de liquidación de la empresa³⁷⁷.

Con todo, y más allá de estas consideraciones terminológicas sobre si la insolvencia provisional era o no una verdadera insolvencia, lo relevante es saber que el Derecho mercantil regulaba ambas situaciones -la insolvencia definitiva y provisional o, si se prefiere, la insolvencia definitiva y la falta de liquidez-. La necesidad de que estas crisis económicas sean reguladas es evidente, pues ambas situaciones en mayor o menor medida perturban el correcto funcionamiento de pago de los créditos. En definitiva, poco importa cómo se decida llamarlas, lo decisivo es comprender el porqué de la actuación de la norma mercantil y en su caso la justificación de la intervención penal.

II. 2- La nueva Ley Concursal y el concepto de insolvencia manejado.

Es harto conocido que la nueva Ley Concursal ha supuesto una superación clara y necesaria de la normativa mercantil y civil que hasta el 1 de septiembre de 2004 estaba vigente³⁷⁸. La razón de caracterizar de esta forma a la nueva Ley Concursal responde a la idea de que la antigua regulación se manifestaba como arcaica e inadecuada respecto de la realidad social y

entrada en vigor del nuevo Código de 2004, este requisito se elimina de la definición de insolvencia. Vid. **COUTINHO DE ABREU, J-M.**, “Providências de Recuperação de Empresas e Falência”, en *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXIV, Coimbra 1998, p. 112.

³⁷⁷ Debe tenerse en cuenta que uno de los principios que inspiran la normativa mercantil es aquel por el que se debe procurar en todo momento la conservación de la actividad empresarial. Vid. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G-J.**, *Derecho mercantil*, cit., p. 68.

³⁷⁸ Han sido numerosos los trabajos prelegislativos que han precedido a la actual Ley Concursal. Estos trabajos se iniciaron por la Comisión General de Codificación, en virtud de la Real Orden de 10 de junio de 1926, y que en 1929 presentó un Anteproyecto de Código de Comercio. Dichos trabajos se concluyen con el Anteproyecto de Ley Concursal elaborado por la Sección Especial para la reforma concursal creada en el seno de la Comisión General de Codificación por Orden del Ministerio de Justicia de 23 de diciembre de 1996. Este Anteproyecto de Ley Concursal terminado en mayo de 2000 y el Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001 son los antecedentes de la actual Ley Concursal.

económica actual³⁷⁹ y que, consecuentemente, no podía dar solución a los problemas que las situaciones de insolvencia provocan. Resulta lógico que se atribuyan estos calificativos a la normativa derogada ya que, como se apuntó anteriormente, se trataba de un conjunto de normas que datan del año 1829 y por tanto normas que pertenecen a la codificación del siglo XIX³⁸⁰. Justamente por este motivo ha sido tan aclamada la decisión de elaborar una Ley Concursal que supusiese un salto cualitativo en la regulación de la insolvencia³⁸¹.

Respecto a lo que ahora interesa, ha de indicarse que uno de los cambios más significativos que se han efectuado con la nueva Ley Concursal destaca el hecho de que ésta unifique los antiguos procedimientos de quiebra, expediente de suspensión de pagos y concurso de acreedores en un solo procedimiento. Se crea así, un corpus jurídico único que regula tanto los aspectos procesales como materiales del concurso³⁸². En su articulado se prevé tanto el sistema procesal -inicio del procedimiento, documentos necesarios en la tramitación, recursos, etc.- como se determinan aspectos materiales como el propio concepto de insolvencia.

Tanto en la Exposición de Motivos como el art. 2 de la Ley Concursal se establece como presupuesto objetivo para la iniciación del procedimiento la necesidad de que exista un estado de insolvencia. Este concepto es definido por el propio legislador concursal en el art. 2. 2 de la LC como <<el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles>>³⁸³. Y añade además, como una de las novedades más llamativas,

³⁷⁹ Cfr. **CORDÓN MORENO, F.**, *Proceso concursal*, cit., p. 19. También puede verse la Exposición de Motivos de la Ley Concursal donde se dice que se intenta paliar <<el arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica, y la dispersión>>.

³⁸⁰ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

³⁸¹ Junto a la Ley Concursal 22/2003, se promulga además la LO 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial -publicada en el BOE de 10 de julio de 2003-. Esta Ley concreta la temática referente a los juzgados de lo mercantil y los derechos fundamentales del deudor concursado.

³⁸² Vid. Exposición de Motivos de la Ley Concursal.

³⁸³ El presupuesto objetivo del que parte la Ley Concursal es exactamente el mismo que se exige en Italia para la apertura del procedimiento de <<fallimento>>. Dice el art. 5 de la Legge Fallimentare <<L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni>>. Vid. sobre este concepto **BRICCHETTI, R./ TARGETTI, R.**, *Bancarotta e reati societari*, Giuffré, Milano 2003, p. 178 o **PAJARDI, P./ TERNI DE'GREGORJ, I-F.**, *I reati fallimentari. La responsabilità penali dell'imprenditore nelle procedure di crisi*, cit., p. 25. En opinión de CARANO, la definición proporcionada

que la solicitud del concurso por parte del deudor se funde en la insolvencia <<actual>> o <<inminente>>. Por deudor en estado de insolvencia inminente ha de entenderse aquel deudor que <<prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones>>. La insolvencia inminente es pues un estado amenazante de insolvencia o una antesala a la insolvencia que habilita para solicitar la apertura del procedimiento concursal³⁸⁴.

La definición antes apuntada y dada por la Ley Concursal ha sido el resultado final de una larga discusión, pues ya desde los inicios de la elaboración de la norma concursal se han propuesto conceptos variados y complejos. Así por ejemplo, la Comisión General de Codificación publicó en mayo de 2000 un texto en el cual se definía a la insolvencia como <<aquella situación en que el deudor no puede cumplir sus obligaciones>>. Posteriormente se varía esta concepción y el Proyecto de Ley Concursal de 2003 redefine el concepto diciendo que <<se encuentra en situación de insolvencia el deudor que no puede cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles>>. Sin embargo, esta última redacción provocaba un efecto no deseable, ya que la mención explícita a la puntualidad obligaba inevitablemente a incluir como insolvente al deudor que cumple regularmente con sus obligaciones pero con retraso³⁸⁵. Finalmente, se introdujo un concepto amplio de insolvencia que abarca tanto la insolvencia definitiva - pasivo superior al activo- como la insolvencia provisional o temporal, y siempre diferenciándola del mero retraso³⁸⁶. El rasgo que caracteriza a la insolvencia es pues la <<irregularidad>> en el cumplimiento de las obligaciones exigibles. Esta irregularidad hace referencia tanto al factor tiempo como al modo. En el primer supuesto se incluirían los casos en los que, más allá del simple retraso, el deudor no puede cumplir en el momento pactado

por la Legge Fallimentare presenta carácter personalista por el hecho de centrarse en la persona del deudor. Frente a ella, una tesis más seguida, parte de una definición de la insolvencia de carácter patrimonialista, centrada en el desequilibrio entre los activos y pasivos. Sea como sea, lo cierto es que para calcular la situación personal y la capacidad de pago del deudor es necesario remitirse a las partidas de activos y pasivos de su patrimonio. La precisión del autor es, por tanto, meramente terminológica y carente de efectos prácticos perceptibles. Vid. **CARANO, C.**, *L'apertura del fallimento*, Giuffrè, Milano 2001.

³⁸⁴ Vid. **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A./ VERDUGO GARCÍA, J.**, “La prueba de la insolvencia en los procedimientos concursales”, en *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006, pp. 423 y 425.

³⁸⁵ Vid. **GARCÍA VILLAVERDE, R./ ALONSO UREBA, A./ PULGAR EZQUERRA, J.**, (**Dirs**), *Derecho concursal*, Dilex, Madrid 2003, p. 63.

³⁸⁶ Cfr. **HERRERA CUEVAS, E.**, *Manual de la Reforma Concursal*, Europa de Derecho, Madrid 2004, p. 64.

como al modo. En el segundo supuesto, el pago puede considerarse irregular en relación con los medios de pago y con la forma de procurarlos³⁸⁷. Así, el deudor que vende ruinosamente sus bienes -v. gr. ventas a bajo precio o ventas de maquinaria necesaria para el funcionamiento de la empresa- paga en tiempo a sus acreedores, pero lo hace de forma irregular desde la perspectiva del modo en que ha obtenido el dinero³⁸⁸. Cualquier acreedor cuyas deudas aún no hayan vencidas y estén todavía pendientes de pago puede solicitar la apertura del concurso basándose precisamente en ese indicio de insolvencia - art. 2. 2. 3º LC-. Corresponde entonces al juez decidir si la venta ruinosa de los bienes constituye o no prueba suficiente de la insolvencia del deudor, es decir, de su incapacidad de hacer frente de forma regular a las deudas contraídas.

Pues bien, partiendo de estas premisas legales y realizando un paralelismo con la legislación anterior, la insolvencia puede ser tanto provisional como definitiva³⁸⁹, siempre que en ambos casos se produzca una irregularidad en los pagos. La nueva Ley Concursal refunde las anteriores instituciones concursales civiles y mercantiles en un único procedimiento, primando así el principio de unidad procedimental³⁹⁰. Es lógico pues que la Ley Concursal proporcione un concepto también único y general de insolvencia que abarque los supuestos que venían dándose anteriormente con la normativa a día de hoy derogada.

³⁸⁷ Vid. **CARANO, C.**, *L'apertura del fallimento*, cit., pp. 63 y 64. Asimismo, **CAMPOBASSO, G-F.**, *Diritto commerciale. Vol. III. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, Utet, Torino 2001, p. 334. Puede verse también **GUGLIELMUCCI, L.**, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, G. Giappichelli Editore, Torino 2000, pp. 31 y 32, **LO CASCIO, G., (Coord)**, *Compendi Giuridici. Diritto Fallimentare*, Ipsoa, 1996, p. 221 o **TEDESCHI, G-U.**, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Cedam, Padova 2001, p. 37. En contra de estas opiniones y partidario únicamente del criterio temporal puede verse **CENSONI, P-F./ PACCHI PESUCCI, S.**, en *Diritto Fallimentare*, MAFFEI ALBERTI, A., (Coord), Monduzzi Editore, Bologna 2002, p. 35.

³⁸⁸ Vid. **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A./ VERDUGO GARCÍA, J.**, “La prueba de la insolvencia en los procedimientos concursales”, cit., pp. 423 y 424.

³⁸⁹ Vid. **CORDÓN MORENO, F.**, *Proceso concursal*, cit., p. 66 y **JIMÉNEZ SAVURINO, C.**, *La nueva regulación concursal*, Colex, Madrid 2004, p. 26. En contra de esta doble posibilidad **PULGAR EZQUERRA, J.**, *Derecho concursal*, cit., p. 67, entiende que la definición dada por la Ley es demasiado amplia y que sólo el desbalance o la iliquidez definitivas deberían dar paso a la declaración del concurso.

³⁹⁰ Cfr. **GARCÍA VILLAVERDE, R./ ALONSO UREBA, A./ PULGAR EZQUERRA, J., (Dirs)**, *Derecho concursal*, cit., p. 57. Se expone además la idea de que haber denominado al nuevo procedimiento <<concurso>> es adecuado por cuanto escenifica claramente el sentido del mismo, es decir, la existencia de un deudor, una pluralidad de acreedores y la necesidad de colectivizar un déficit patrimonial.

Esta opción del legislador concursal de partir de una definición genérica de la insolvencia, sin diferenciar las causas o motivos de esta situación³⁹¹, permite reconducir tanto la insolvencia definitiva como la temporal o la insuficiencia patrimonial a un procedimiento único. Ahora bien, aunque el procedimiento sea el mismo ello no significa que las soluciones a los diferentes tipos de desbalance económico sean idénticas. Bien al contrario, la Ley Concursal prevé que tras una fase común pueda llegarse a soluciones diferentes, esto es, a un convenio o a la liquidación -Título V de la LC-. El convenio se plantea como la solución normal y deseable del concurso. En este sentido, el convenio es fomentado por la Ley Concursal, la cual deja a la autonomía de la voluntad de las partes un amplio campo de actuación³⁹². Junto al convenio, la norma prevé la posibilidad de la liquidación, especificándose la forma en que debe realizarse tanto su solicitud como las operaciones de liquidación - art. 142 y ss de la LC-.

Así las cosas, y para llegar a conclusiones definitivas, resulta oportuno plantear la siguiente cuestión, ¿cómo se identifica la situación de insolvencia y que elementos ha de tener presente el juez para declarar el concurso?

Partiendo del dictado de la Ley Concursal, ésta prevé la posibilidad de que el concurso sea declarado bien a instancia del deudor bien del acreedor, especificando además la forma en que el primero y los segundos deben probar el presupuesto objetivo de <<insolvencia>>. En el caso de la solicitud del concurso a instancia del deudor la Ley se muestra flexible, ya que se admite todo tipo de medio de prueba que justifique la existencia del desbalance económico. Diferente es el supuesto de la petición del concurso por parte del acreedor, pues se establecen unos presupuestos tasados indicadores de la insolvencia.

La conclusión a la que se llega es, pues, que la insolvencia puede manifestarse y materializarse en formas diversas. De ahí, que la doctrina diferencie entre conceptos la insolvencia <<contable>> y la insolvencia <<económica>>. La primera se refiere a la insolvencia constatable a través de la contabilidad del deudor. Frente a ésta, la insolvencia económica se determina verificando los activos reales una vez deducido el pasivo. Las diferencias en el resultado se derivan de la normativa dispuesta en el Plan General Contable que a veces impide, por los criterios que maneja, que se refleje la imagen real de la situación económica de la empresa. Puede suceder,

³⁹¹ Vid. **PALOMAR OLMEDA, A., (Dir)**, *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004, p. 253.

³⁹² Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 22/2003.

por tanto, que una y otra insolvencia no coincidan. Ha de tenerse presente que aspectos como la clientela o la capacidad productiva no se dotan de un valor específico³⁹³. En este sentido, puede suceder que un deudor aparezca contablemente como insolvente de forma temporal pero que desde el punto de vista real su activo cubra el pasivo³⁹⁴, o a la inversa. Es más, incluso podría darse el supuesto por el cual la contabilidad concluyera un estado de insolvencia definitiva o temporal, que no existiera realmente desde el punto de vista económico. Como expone GUGLIELMUCCI, el ciclo económico de la empresa puede cerrarse con pérdidas pero ello no implica necesariamente que en sucesivos ejercicios acontezca lo mismo. La empresa no tiene porque ser insolvente aunque en un determinado momento la contabilidad así parezca demostrarlo³⁹⁵.

Con todo, tal y como se expresa la Ley Concursal sería posible admitir una solicitud de concurso con base tanto en la insolvencia contable como en la real. En este sentido, y como ya he puesto de relieve, el deudor es libre para demostrar su insolvencia. Por su parte, el acreedor puede probar el estado de desbalance económico acreditando el sobreseimiento de pagos, la existencia de embargos por ejecuciones pendientes o el alzamiento y liquidación apresurada o ruinoso de los bienes del deudor.

Los documentos contables como las cuentas anuales, inventarios y documentos análogos pueden mostrar la situación económica del deudor, pero ello no impide que argumentos de diferente naturaleza sirvan al esclarecimiento de la realidad económica. Tradicionalmente, la cesación de pagos ha sido el principal indicio revelador de la insolvencia³⁹⁶, ya que lo más

³⁹³ Vid. GONZÁLEZ MONTES, J.-L., *La declaración civil de la quiebra en el proceso penal*, cit., p. 21.

³⁹⁴ Vid. PALOMAR OLMEDA, A., (Dir), *Comentarios a la legislación concursal*, cit., p. 252.

³⁹⁵ Vid. GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni di Diritto Fallimentare*, cit., p. 33.

³⁹⁶ Según el texto del derogado art. 874 del C.co: <<Se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones>>. Asimismo, en la legislación comercial italiana antes de la entrada en vigor de la Legge Fallimentare se equiparaba la insolvencia a la cesación de pagos. El art. 683 del Código de Comercio italiano decía <<il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali é in stato di fallimento>>. Posteriormente con la reforma de la institución del <<fallimento>> y la entrada en vigor de la Legge Fallimentare, el legislador aclara que la insolvencia es un estado o hecho y la cesación de pagos se presenta como un síntoma o indicio de su posible existencia. Vid. CENSONI, P.-F./ PACCHI PESUCCI, S., en *Diritto Fallimentare*, cit., p. 28. En este mismo sentido puede verse, CAEIRO, P., *Sobre a natureza dos crimes falenciais*, cit., p. 139 y 166, quien expone que tras alegar la cesación de pagos la insolvencia debe ser probada fehacientemente para poder ser declarada. De no ser así, el procedimiento por insolvencia debe ser archivado, no sirviendo la mera cesación de pagos como presupuesto objetivo para su continuación, sino como una condición de admisibilidad del proceso.

lógico es pensar que si el deudor suspende los pagos unilateralmente es porque no tiene medios con los que satisfacer a sus acreedores. No obstante, y siguiendo a CARANO, no sería extraño toparse con deudores que no tienen pagos pendientes y que, sin embargo, son verdaderos sujetos insolventes. En este sentido, podría suceder que el deudor haya satisfecho todas sus deudas gracias a la venta de sus bienes a un bajo coste, a la venta de bienes instrumentales de la empresa o haya solicitado préstamos con intereses sometidos a usura³⁹⁷. Precisamente, para evitar la inaplicación de la Ley Concursal a este tipo de casos y porque el acreedor no suele tener acceso a la contabilidad del deudor, se admite la posibilidad de recurrir a métodos no contables como la prueba de la venta ruinosa de los bienes. Al mismo tiempo, ha de tenerse en cuenta que la cesación de pagos no es un efecto exclusivo de la insolvencia, ya que podría suceder que el deudor decida no pagar a pesar de contar con los medios para hacerlo. La cesación de pagos es, en definitiva, precisamente eso, una cesación de pagos, posible incluso cuando el deudor es solvente³⁹⁸. De ser así, por muy voluntario, intencional y recalcitrante que resulte el incumplimiento, las únicas consecuencias que pueden y deben derivarse han de ser de carácter civil³⁹⁹.

Recapitulando todo lo dicho, la insolvencia es la situación que se produce cuando el deudor no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles tanto porque carece de bienes, como porque siendo sus activos suficientes no puede atender a los pagos por falta de liquidez. Se trata pues de una situación mediante la cual se perturba el correcto funcionamiento de los créditos, impidiendo el cobro a su debido tiempo. Y, partiendo de esta premisa puede decirse que lo que se pretende en la Ley Concursal con la exigencia de la concurrencia del elemento objetivo es la apertura del concurso sólo cuando otros medios no resulten efectivos. Se asegura así que el procedimiento concursal sólo tenga lugar cuando se produzca un verdadero desequilibrio en los pagos de las deudas vencidas, derivado de la imposibilidad del patrimonio del deudor para hacerles frente.

Finalmente, debe hacerse mención al concepto de insolvencia inminente, ya que ésta alude a una realidad diferente, al tratarse de un pronóstico de insolvencia a corto plazo y no de una insolvencia actual. La

³⁹⁷ Vid. **CARANO, C.**, *L'apertura del fallimento*, cit., pp. 56 y 63. Asimismo, también puede verse **GUGLIELMUCCI, L.**, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, cit., p. 34.

³⁹⁸ Vid. **GIL PIMENTEL FELGUEIRAS MACHADO, J-M.**, *Da falência em Direito Internacional Privado*, cit., p. 94.

³⁹⁹ Vid. **RAMOS RUBIO, C.**, "Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995", cit., p. 25.

insolvencia inminente se define como aquella situación por la que el deudor <<prevé>> que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, aunque actualmente y en el momento que solicita la apertura del concurso no se han producido pagos irregulares o incumplimiento de las obligaciones⁴⁰⁰. Más gráficamente podría decirse que la insolvencia inminente se configura como una amenaza de actualización de la insolvencia⁴⁰¹. Baste como ejemplo, el supuesto por el que el deudor acredita que un déficit de liquidez y crédito se transformará en la falta de liquidez y crédito efectiva⁴⁰².

Si esto es así, más que una verdadera insolvencia la denominada <<insolvencia>> inminente es una situación de crisis económica del deudor que puede agravarse y transformarse en una insolvencia real -provisional o definitiva-. Nuevamente, la terminología utilizada por el legislador es confusa y complicada, ya que la insolvencia inminente no es en verdad una insolvencia. En este sentido, es evidente que la amenaza de la insolvencia no es en sí misma una insolvencia sino una previsión de un desbalance económico de dichas características. Así las cosas, la inclusión de este nuevo término acentúa todavía más los problemas de interpretación del concepto de insolvencia que ya se expusieron. En este sentido, la insolvencia inminente no encaja ni en las definiciones de insolvencia provisional ni definitiva pues, no en vano, no es una insolvencia. En este contexto cabría preguntarse, a pesar de que no se obtendrá la respuesta, el porqué de que el legislador se empeñe en denominar insolvencia a un fenómeno que realmente no lo es.

Más allá de los problemas terminológicos señalados, acontece que la insolvencia inminente y su previsión en la norma concursal permiten actuar con antelación ante la crisis económica y paliar los efectos perjudiciales que se deriven de ella⁴⁰³. Así entendido, podría decirse que la puesta en marcha del procedimiento concursal en estas circunstancias se asimila a una especie de

⁴⁰⁰ Vid. **OTERO LASTRES, J.-M./ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ DE LA CRUZ BÉRTOLO, J.-M./ ROGEL VIDE, C.**, *Aspectos de la nueva Ley Concursal -concursos, créditos, administradores, jueces-*, Colección de Derecho concursal, Escuela Galega de Administración pública, Madrid 2004, p. 16.

⁴⁰¹ Son indicios de esta situación la pérdida de concesiones, licencias o patentes muy importantes, reducción de pedidos de clientes o pérdida de los más relevantes, existencia de contratos a largo plazo no rentables, grandes inversiones en productos cuyo éxito comercial parece improbable, resultados económicos negativos de forma continuada y de cuantía significativa. Vid al respecto **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A./ VERDUGO GARCÍA, J.**, “La prueba de la insolvencia en los procedimientos concursales”, cit., p. 426.

⁴⁰² Vid. **HERRERA CUEVAS, E.**, *Manual de la Reforma Concursal*, cit., p. 70.

⁴⁰³ Vid. **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A./ VERDUGO GARCÍA, J.**, “La prueba de la insolvencia en los procedimientos concursales”, cit., p. 425.

procedimiento cautelar⁴⁰⁴. Y aunque en principio esa es la pretensión principal, lo cierto es que de su previsión se desprenden consecuencias jurídicas que van más allá de esta inicial intención. Como se verá posteriormente, su inclusión ha generado nuevas interpretaciones de los tipos penales. Así por ejemplo, el hecho de que la insolvencia inminente habilite la apertura del procedimiento concursal, ha reavivado la polémica en torno a si la aplicación del delito del art. 260 necesita que las deudas estén vencidas⁴⁰⁵.

III. El concepto de insolvencia en el Derecho penal: variaciones y similitudes con respecto al concepto mercantil.

III. 1- El concepto de insolvencia en la doctrina: cuestiones terminológicas.

Como expone BAJO FERNÁNDEZ, debe aclararse desde un primer momento que la insolvencia es una <<situación fáctica>>⁴⁰⁶. Es decir, no se necesita para apreciar el delito que la insolvencia haya sido reconocida legalmente, o lo que es lo mismo, se trata de un <<estado de hecho o una

⁴⁰⁴ Esta misma intención no es originaria del legislador concursal español. Así, el mismo fin es el que persigue el procedimiento italiano de <<amministrazione controllata>>. La finalidad de este procedimiento es evitar la producción de la insolvencia. Las similitudes son evidentes ya que, entre otras cosas, en ambos casos se persigue el mismo objetivo y, en ambas regulaciones, se habilita únicamente al deudor para solicitarlo. La diferencia está, sin embargo, en que la Legge Fallimentare ha optado por diseñar diferentes procedimientos según sea la crisis económica que atraviese el deudor - dificultad temporánea, insolvencia reversible e insolvencia definitiva-. Contrariamente, el legislador español ha optado por instituir un único procedimiento para tutelar todas las posibles situaciones de desbalance patrimonial. Tanto la insolvencia inminente como la insolvencia reversible y definitiva serán reguladas por el procedimiento concursal único, que podrá desembocar en la continuación de la actividad económica del deudor o en la liquidación. Y en este último aspecto, aunque lo deseable es que el procedimiento de <<amministrazione controllata>> termine con la continuidad de la empresa, también es posible como en el caso español que la dificultad económica no se supere y se proceda a la liquidación de la empresa. Vid. **PASTORE, F.**, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 41 y 42. Sobre la naturaleza cautelar del procedimiento de <<amministrazione controllata>> puede verse **TEDESCHI, G-U.**, *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., p. 774.

⁴⁰⁵ Vid. *infra*. el epígrafe III. 3 de este mismo Capítulo.

⁴⁰⁶ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit., p. 153 o **YÁÑEZ VELASCO, R.**, *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., p. 162. En la jurisprudencia puede verse, entre otras, la SAP de Barcelona de 17 de abril de 2000.

realidad previa al Derecho, desprovista de toda valoración jurídica>>⁴⁰⁷. Posteriormente esta realidad se transforma en un hecho jurídico. El juez, bien de lo mercantil bien de lo penal, analiza el supuesto de hecho y decide si es aconsejable iniciar el procedimiento concursal o, en su caso, el procedimiento penal por un delito de insolvencia. Sólo en ese momento la realidad de hecho se transforma en una realidad jurídica. La declaración del concurso y la condena del juez de lo penal que aprecia la concurrencia del delito transforman la realidad de hecho en una realidad jurídica. En este sentido, apunta MUÑOZ CONDE que no es necesaria una cuestión prejudicial a lo penal para constatar si existe o no la insolvencia⁴⁰⁸.

Esta idea es compartida por la doctrina italiana, en la que la declaración de la quiebra transforma la realidad de hecho en una realidad de derecho. Así por ejemplo, ROVELLI entiende que <<nella qualifica “fallimentare” abbisogna della sentenza dichiarativa perché lo stato di fatto si tramuti in stato di diritto>>⁴⁰⁹. Por esta razón, en el Derecho italiano no es posible hablar de <<fallimento>> antes de la sentencia declarativa de la quiebra. Una cosa es la <<insolvenza>> o el <<dissesto>> y otra el <<fallimento>>. Por ello, los procedimientos menores previstos en la Legge Fallimentare, tales como la <<l’amministrazione controllata>>, son medios de actuación frente al <<dissesto>>, cuya finalidad es evitar el acaecimiento del <<fallimento>>. Así las cosas, la sentencia se dota por tanto de carácter constitutivo, transformando la insolvencia en quiebra⁴¹⁰. Al mismo tiempo, debe advertirse que el término <<bancarotta>> se utiliza únicamente en el ámbito penal. Si se recuerda lo expuesto en la introducción sobre el concepto de ladrón público del deudor insolvente se comprenderá el porqué de esta asimilación. Como se dijo, el <<bancae ruptor>> era calificado indefectiblemente como un delincuente.

Por su parte, en Portugal sucede otro tanto de los mismo, pues una cosa es la insolvencia como realidad fáctica y otra la <<insolvência>> declarada por un juez o la <<falência>>. Antes de 1993 y al igual que sucedía en España, la legislación portuguesa preveía procedimientos diferentes según el deudor fuese comerciante o no. En ambos casos, la situación fáctica de insolvencia debía ser declarada judicialmente. Cuando el deudor era comerciante el juez lo declaraba en <<estado de falência>> -situación equivalente a la quiebra en España-, de ser un deudor civil, el juez declaraba la insolvencia del no comerciante. Declarada la <<falência>> el deudor comerciante éste pasaba a denominarse

⁴⁰⁷ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit., p. 153.

⁴⁰⁸ Cfr. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 121 y 122.

⁴⁰⁹ Cfr. **ROVELLI, R.**, *Reati Fallimentari*, Giuffrè, Milano 1952, p. 13.

⁴¹⁰ Vid. nuevamente **ROVELLI, R.**, *Reati Fallimentari*, cit., p. 29 o **NUVOLONE, P.**, *Il Diritto Penale del Fallimento*, cit., p. 11.

<<falido>> -quebrado-411 y el deudor civil pasaba a conocerse como deudor insolvente⁴¹². Posteriormente, la aprobación del Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência -CPEREF- eliminó esta distinción y creó un proceso nuevo aplicable a todo empresario fuese comerciante o no⁴¹³. Al igual que sucede con la actual Ley Concursal, tras una fase común era posible optar por la liquidación del patrimonio -declaración de falência- o por la conservación de la actividad económica. Se partía por tanto de dos conceptos diferentes, esto es, de la insolvencia recuperable y de la no recuperable, esto es, la falência⁴¹⁴. La práctica demostró que este sistema no ofrecía resultados del todo satisfactorios y el legislador decidió derogarlo. La norma que viene a sustituir al CPEREF es el conocido Código da Insolvência e da Recuperação das empresas, conocido comúnmente por las siglas CIRE. A diferencia de su predecesor y en contra de lo que pueda deducirse del título que se le ha proporcionado, este último es un Código basado primordialmente en la liquidación del patrimonio del deudor y parte de un único y universal presupuesto de hecho, esto es, la insolvencia⁴¹⁵. Como puede verse en el Diploma Preambular de esta norma, lo que prima es siempre el interés y la supremacía del acreedor, así como la garantía de cobro de los créditos⁴¹⁶.

Más allá de estas consideraciones, lo cierto es que estas previsiones también repercutían y repercuten todavía hoy de forma notable en el ámbito del Derecho penal. En este sentido, en el Derecho penal portugués nunca fue

⁴¹¹ Vid. al respecto **PINTO FURTADO, J.**, “Perspectivas e tendências do moderno Direito da falência”, cit., pp. 83 y 85.

⁴¹² Vid. **CAEIRO, P.**, *Sobre a natureza dos crimes falênciais*, cit., p. 87 o **MALAFIA, J.**, “A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do Código Penal”, en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11, nº 2, Coimbra Editora, Coimbra 2001, p. 220.

⁴¹³ Sobre el concepto de empresario comerciante y no comerciante puede verse extensamente **CAEIRO, P.**, *Sobre a natureza dos crimes falênciais*, cit., pp. 155 y ss. El CPEREF se aplicaba a todo titular de empresa, es decir, a todo titular de una organización de factores de producción destinada al ejercicio de cualquier actividad agrícola, comercial o industrial o de prestación de servicios. Por ello, poco importa si la cualidad de empresario se predica de una persona física o jurídica con base en normas civiles o mercantiles. Respecto de los deudores no empresarios la norma también les mencionaba en el art. 27 como posibles sujetos de la declaración de <<falência>>. Con todo, en opinión de la doctrina, el CPEREF era letra muerta para ellos, ya que no se aplicaban en la práctica sus disposiciones, quedando patente así que se trataba de una norma destinada a las empresas. Vid. **MALAFIA, J.**, “A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do Código Penal”, cit., p. 233. Posteriormente, con la entrada en vigor el CIRE ya no habla de empresario y deudor no empresario, sino que en su art. 2º enumera una serie de sujetos entre los que se encuentra <<cualquier persona singular o colectiva>>.

⁴¹⁴ Véase el art. 1º del CPEREF, en el que claramente se decía que la falência sólo debía declararse cuando la situación económica del deudor fuese insalvable y su conservación inviable.

⁴¹⁵ Vid. **DE OLIVEIRA ASCENSAO, J.**, “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, en *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Lisboa 2005, p. 283.

⁴¹⁶ El texto puede consultarse por ejemplo en **DO ROSARIO EPIFANIO, M.**, *Leis da Insolvência e da Recuperação das Empresas*, Almedina, Coimbra 2004, p.24.

posible sancionar la insolvencia si ésta no estaba previamente reconocida por un juez. Durante la vigencia del CPEREF se podía aplicar una agravante cuando como consecuencia de los actos fraudulentos se declaraba la <<falência>> del deudor, es decir, cuando no quedaba mas remedio que liquidar el patrimonio. Si tras haberse declarado la insolvencia, la actividad económica del deudor podía proseguir la penalidad era menor. Como puede observarse, y en contra de lo que sucede en la legislación penal española, podía apreciarse el delito aun cuando el desbalance económico sufrido por el deudor fuese solucionable.

Y si bien esto se mantuvo durante un largo período de tiempo, con la nueva normativa aprobada en 2004 en materia de insolvencia -CIRE- dicha agravante desaparece, ya que también desaparece la doble situación de <<insolvência>> y <<falência>>. Así pues, actualmente puede hablarse de insolvencia de hecho y de insolvencia reconocida judicialmente. Dicha declaración judicial constituye en el ámbito del Derecho penal una condición objetiva de punibilidad⁴¹⁷. Esta exigencia se justifica en fines extra-penales, de tal forma que el hecho de frenar la actuación del Derecho penal hasta dicho reconocimiento permite que los acreedores concluyan acuerdos con los deudores para satisfacer extra-penalmente las deudas⁴¹⁸.

Finalmente, y para terminar con el análisis comparado de legislaciones, lo mismo puede decirse del Código Penal Alemán, en cuyo § 283 se tipifica el delito de bancarrota y se especifica en su inciso 6º que <<el hecho sólo es punible, cuando el autor haya suspendido sus pagos o cuando se haya abierto el proceso de quiebra o la solicitud de apertura haya sido rechazada por falta de masa>>.

Retomando las nociones sobre el concepto de insolvencia manejado en el Derecho mercantil se aprecia que tanto la doctrina como la jurisprudencia se han mostrado contrarias al tratamiento de la insolvencia provisional por parte del Derecho penal.

Así las cosas, BAJO FERNÁNDEZ entiende que la insolvencia debe diferenciarse de la mera <<falta de liquidez>> y de la <<insuficiencia patrimonial>>⁴¹⁹. A juicio del autor, ambas situaciones serían atípicas. La insolvencia se define para BAJO como <<una situación fáctica que muestra

⁴¹⁷ Vid. sobre estas cuestiones **CAEIRO, P.**, “Crimes contra o património”, cit., pp. 425 y ss o en *Sobre a natureza dos crimes falenciais*, cit., p. 189 y 298. Asimismo también **CARVALHO FERNÁNDEZ, L-A./ LABAREDA, J.**, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, Vol. I, Quid Juris, Lisboa 2005, p. 56 y **MALAFIA, J.**, “A insolvência, a falência e o crime do artigo 228 do Código Penal”, cit., p. 243.

⁴¹⁸ Vid. **CAEIRO, P.**, “Crimes contra o património”, cit., pp. 425 y ss o, del mismo autor, *Sobre a natureza dos crimes falenciais*, cit., p. 301.

⁴¹⁹ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit., p. 154.

un estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles de modo que el acreedor no encuentra medios a su alcance para poder satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor>>⁴²⁰. Del mismo parecer se muestran VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, quienes partiendo de la misma diferencia, opinan que sólo la insolvencia definitiva interesa al Derecho penal⁴²¹ y así afirman que << puede hablarse de insolvencia allí donde el importe de las obligaciones exigibles supera al de los bienes y derechos realizables >>⁴²².

Pero los conceptos ofrecidos por BAJO FERNÁNDEZ deben ser analizados con mayor detenimiento. Cuando el autor hace referencia a la insuficiencia entiende que es posible que la misma no ampare una situación de insolvencia real sino más bien de solvencia. La solvencia puede venir amparada por la existencia de una expectativa de bienes futuros tales como intereses del capital, renta de la tierra o la clientela⁴²³.

A la vez, cuando en un primer momento BAJO se refiere a la falta de liquidez parece asimilarla a una verdadera situación de insolvencia. Así, el citado autor dice << puede ocurrir que el deudor se encuentre en situación de insolvencia pese a tener más bienes que deudas, cuando el activo no se puede convertir en dinero o sólo a costa de grandes pérdidas >>. Sin embargo, a renglón seguido afirma que << no toda incapacidad para saldar las obligaciones a su vencimiento constituye insolvencia (...) sino sólo (...) la incapacidad definitiva >>⁴²⁴. Asimila por tanto la insolvencia provisional a la

⁴²⁰ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit., p. 153.

⁴²¹ Vid. de los autores citados en texto la obra *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 16. También MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 122, GALLEGO SOLER, I., “El bien jurídico-penal en los delitos de insolvencia, ¿dos modelos de protección enfrentados?”, cit., p. 361 o COBO DEL ROSAL, M., *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Marcial Pons, Madrid 2002, p. 468. Asimismo GOMÉZ PAVÓN, P., “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, cit., p. 42 y GONZÁLEZ RUS, J.-J., en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., p. 546.

⁴²² Cfr. VIVES ANTÓN, T.-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 14. Del mismo parecer se muestra DEL ROSAL BLASCO, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 8.

⁴²³ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit., p. 154. En la misma línea puede verse TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 140.

⁴²⁴ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit., p. 154.

falta de liquidez y a ésta la excluye, a su vez, del ámbito de los delitos de insolvencia.

Estas premisas dadas por BAJO FERNÁNDEZ y seguidas por la doctrina mayoritaria⁴²⁵ deben ser aclaradas por las siguientes razones:

Las expectativas -piénsese en las rentas de la tierra, los intereses del capital o en créditos pendientes de cobro- forman parte ya del activo sobre el que el acreedor pretende realizar su crédito. Es decir, en el momento que se fija el patrimonio de un deudor se contabilizan tanto los bienes existentes como los créditos pendientes de cobro y demás expectativas de obtener solvencia porque éstos forman parte ya del activo⁴²⁶. Al comprobar la <<insuficiencia>> se sobreentiende que esas expectativas ya han sido contabilizadas y tenidas en cuenta. Al contabilizar el activo y pasivo puede suceder que:

1. no se encuentren bienes en el patrimonio del deudor y el activo sea inferior al pasivo, por lo tanto la insuficiencia se revela como insolvencia definitiva⁴²⁷.
2. no se encuentren bienes en el patrimonio del deudor pero el activo sea superior al pasivo porque, por ejemplo, existen en el activo créditos todavía no vencidos. La insolvencia es entonces provisional, puesto que no existe en ese momento liquidez para llevar a cabo el pago de la deuda, pero sí activo suficiente para cubrir el total de las obligaciones contraídas⁴²⁸.

⁴²⁵ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 14 y también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 452.

⁴²⁶ Para información sobre como se contabilizan los activos y pasivos puede verse LOZANO ARAGÜÉS, R., *Manual de contabilidad para juristas*, Ibidem, Madrid 1994. Consúltese también el Plan General de Contabilidad y el Código de Comercio acerca de las cuentas anuales, balances y libros obligatorios para el empresario.

⁴²⁷ Respecto de este caso en particular, autores como GUGLIELMUCCI opinan que esta superioridad del pasivo no implica indefectiblemente una situación de insolvencia. En este sentido afirma el autor que si se goza de crédito es posible predicar la solvencia. Vid. GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni di Diritto Fallimentare*, cit., p. 33. Esta afirmación es cierta, sin embargo, en el esquema que se propone se parte de que tanto el crédito como las expectativas ya se han incluido. Así, por tanto, el activo es finalmente inferior y ni siquiera el hecho de contar con crédito permite garantizar el pago regular de las deudas contraídas.

⁴²⁸ Vid. GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni di Diritto Fallimentare*, cit., p. 32.

3. el activo sea superior al pasivo y sea posible realizar el pago debido a que el acreedor encuentra bienes suficientes en el patrimonio del deudor para satisfacer su crédito. En tal caso, no puede decirse que exista insolvencia. El deudor es solvente porque su patrimonio cubre el total de las obligaciones debidas y puede pagar regularmente⁴²⁹.

De todo ello se deduce que cuando autores como BAJO FERNÁNDEZ o DEL ROSAL BLASCO⁴³⁰ aluden a la insuficiencia patrimonial se están refiriendo al supuesto segundo, es decir, a la insolvencia provisional. La insuficiencia no existe como una situación diferente a la insolvencia o a la falta de liquidez. Así, cuando el juez de lo penal conozca de un delito de insolvencia pueden ser dos las hipótesis posibles:

- a. que se haya declarado el concurso por parte del juez de lo mercantil, por lo que la existencia de la insolvencia ya está probada, y la conducta del deudor encaje en la categoría de los delitos concursales. En este supuesto el juez de lo penal debe indagar sobre si la insolvencia ha sido provocada o agravada dolosamente.
- b. que se trate de uno de los tipos de alzamiento de bienes y deba el juez de lo penal averiguar si efectivamente el deudor ha ocultado bienes para provocar su insolvencia y perjudicar con ello a los acreedores. En este momento el juez de lo penal atenderá principalmente al estado contable del acreedor o a hechos que objetivamente puedan ser probados y fijará ya en ese mismo instante el valor del activo y del pasivo contabilizando todo aquello que efectivamente pueda generar crédito y solvencia. Llegará entonces a una de las tres posibilidades antes apuntadas.

En conclusión y para aclarar la terminología utilizada por BAJO FERNÁNDEZ, el juez de lo penal o de lo mercantil fijará la suficiencia o insuficiencia patrimonial del deudor, pudiendo esta última ser provisional o definitiva. La <<insuficiencia patrimonial>> será pues un término sinónimo

⁴²⁹ Vid. **CENSONI, P-F./ PACCHI PESUCCI, S.**, en *Diritto Fallimentare*, cit., p. 39, para quienes debe quedar claro que en este caso, y sólo en éste, la insolvencia debe ser de entrada y apriorísticamente excluida. La vehemencia con la que los autores expresan su opinión sobre esta cuestión pone de manifiesto la enorme confusión que se genera en torno a la distinción entre la solvencia y la insolvencia.

⁴³⁰ Vid. **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 8.

de insolvencia o de incapacidad del patrimonio para hacer frente a las deudas contraídas.

Al admitir el autor que la insuficiencia patrimonial es, al igual que la falta de liquidez, una situación atípica se deduce que la identifica con esta última. O lo que es lo mismo, cuando BAJO hace referencia a la insuficiencia patrimonial se está refiriendo realmente a la falta de liquidez, puesto que en su planteamiento y por las razones que se han expuesto son términos equivalentes aunque no homónimos. Bien al contrario, la insolvencia es equivalente a la insuficiencia patrimonial y la falta de liquidez es, a su vez, una de las manifestaciones de la insuficiencia o de la insolvencia, en concreto de la insuficiencia o insolvencia provisional.

Probablemente lo más acertado para evitar este tipo de confusiones terminológicas sería utilizar términos diferentes para la insolvencia definitiva y provisional tal y como, en el ámbito del Derecho mercantil y respecto de la regulación de la suspensión de pagos, venían reclamando autores como SÁNCHEZ CALERO⁴³¹. Así, el término insolvencia debería referirse únicamente a la situación que implica una ausencia total de bienes y una superioridad del pasivo sobre el activo -en el esquema *supra*. supuesto 1º-. Sólo en este caso el deudor es verdaderamente insolvente. Se evitaría de esta forma el tener que utilizar el calificativo de <<verdadera insolvencia>> para referirse a la insolvencia definitiva. En este sentido, la doctrina continuamente diferencia entre la verdadera insolvencia de otras situaciones que implican una dificultad de pago como sucede con la falta de liquidez⁴³². Por todo ello, cabe preguntarse que si una insolvencia es verdadera, ¿la otra qué es?, ¿acaso se trata de una falsa insolvencia?

Por el contrario, si el activo es superior al pasivo, pero el acreedor no puede realizar su crédito en los bienes existentes por ser éstos irrealizables-*supra*. 2º- la situación debería calificarse, por ejemplo, no como insolvencia provisional sino más bien como <<insuficiencia provisional>> o simplemente <<insuficiencia patrimonial>>. Así parece entenderlo en la doctrina civil DIEZ-PICAZO, quien al hablar de la acción subrogatoria que asiste al acreedor insatisfecho expone que para su ejercicio no es necesario que

⁴³¹ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., p. 495. Esta cuestión ya fue tratada en este Capítulo en el epígrafe referente al tratamiento de la insolvencia en la antigua regulación mercantil. Véase *supra*. el epígrafe II. 1 de este mismo Capítulo.

⁴³² Vid. RAMOS RUBIO, C., “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., p. 26 o ROVELLI, L., “La crisi dell’impresa fra tutela del credito e interessi generali”, cit., p. 184.

se pruebe la ausencia total de bienes, sino la insuficiencia patrimonial⁴³³. En otras palabras, el deudor no es realmente insolvente sino solvente, a pesar de que no pueda pagar a sus acreedores en el momento de vencimiento de las deudas debido a una <<insuficiencia de bienes>>. De esta forma se manifiesta también GÓMEZ PAVÓN cuando dice que <<la insolvencia debe distinguirse de la insuficiencia o falta de liquidez, en la que, aun existiendo bienes en el activo superiores a las deudas, éstos no pueden convertirse en dinero sin que por ello se deje de ser solvente>>⁴³⁴. En conclusión, es posible predicar la solvencia del acreedor si ésta se sostiene en el crédito, independientemente del incumplimiento pasajero de las obligaciones contraídas⁴³⁵ o de la superioridad del pasivo sobre el activo en un determinado momento⁴³⁶. Como exponen CENSONI/ PACCHI PESUCCI, que una empresa tenga pérdidas no implica necesariamente que sea una empresa insolvente⁴³⁷.

Al mismo tiempo, y también en la doctrina italiana, autores como GUGLIELMUCCI⁴³⁸ o RAGONESI⁴³⁹ proponen una clasificación todavía más exhaustiva de las clases de insolvencia. Del último de los autores citados debe destacarse que en su análisis del concepto de insolvencia, distingue entre

⁴³³ Vid. **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 213. La acción subrogatoria permite al acreedor ejercer los derechos y acciones del deudor inactivo. El acreedor, una vez que ha perseguido los bienes de su deudor pero no ha podido resarcirse, puede ejercitar las acciones que le corresponderían al deudor y que éste no ha utilizado. Vid. *infra*. sobre esta acción el epígrafe IV- 1. c) del Capítulo Cuarto.

⁴³⁴ Vid. **GÓMEZ PAVÓN, P.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, cit., p. 42.

⁴³⁵ Vid. **GONZÁLEZ MONTES, J-L.**, *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*, cit., p. 17.

⁴³⁶ Vid. **PASTORE, F.**, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, cit., p. 75. Como expone **FERREIRA DE ALMEIDA, C.**, “O âmbito de aplicação dos processos de recuperação da empresa e de falência”, en *Revista de Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXVI, Lisboa 1995, p. 388, se trataría de una <<situação líquida negativa sem insolvência>>, pues a pesar de la carencia de medios propios el recurso al crédito le permite al acreedor satisfacer, al menos temporalmente, las obligaciones contraídas. Al mismo tiempo ha de advertirse que el crédito es uno de los aspectos más importantes que la doctrina ha tenido presente para evaluar la situación de insolvencia. Así, cuando en Portugal estaba vigente el CPEREF la insolvencia se definía como la imposibilidad de cumplir con puntualmente las obligaciones pendientes por falta de medios propios o de crédito. El crédito por tanto podía determinar la solvencia del deudor -art. 3 del CPEREF antes de la reforma de 1998, mediante la cual se eliminó el criterio del crédito como rasgo característico de la insolvencia-.

⁴³⁷ Vid. **CENSONI, P-F./ PACCHI PESUCCI, S.**, en *Diritto Fallimentare*, cit., p. 40.

⁴³⁸ Vid. **GUGLIELMUCCI, L.**, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, G. Giappichelli Editore, Torino 2000, p. 30.

⁴³⁹ Vid. **RAGONESI, V.**, *Manuale di Diritto e Pratica Fallimentare*, Pirola Editore, Milano 1994, p. 13.

la verdadera insolvencia y la situación de iliquidez temporal. De la primera lectura podría pensarse que este último término hace referencia a lo que en España se considera falta de liquidez y que, por tanto, a ésta no la califica como una genuina situación de insolvencia. Sin embargo, a renglón seguido, expone que uno de los casos más característicos de insolvencia es aquel por el cual siendo superior el activo sobre el pasivo los bienes no pueden ser vendidos para obtener liquidez. Precisamente, el ejemplo que utiliza es el de los bienes inmuebles que no pueden ser realizados. Por ello, lo que el autor califica como <<situazione temporanea di illiquidità>> no se corresponde con el concepto de falta de liquidez que la doctrina española sostiene y que en este trabajo se suscribe.

Así las cosas, esta <<situación de iliquidez temporal>> se identifica con una incapacidad de pago irrisoria, inherente a toda actividad empresarial, que mal puede ser incluida en el concepto de crisis económica. Vendría a configurarse, por tanto, como una imposibilidad de pago reducida a unos pocos días y carente de efectos sobre los acreedores o el sistema económico. Debe advertirse además que, tras calificar a la insolvencia como una situación irreversible, el autor afirma que uno de los ejemplos más característicos de insolvencia es la falta de liquidez fruto de imposible venta de los bienes del deudor; afirmación esta que choca frontalmente con esa caracterización de irreversible, ya que la falta de liquidez es comúnmente transitoria y subsanable.

Por su parte, GUGLIELMUCCI diferencia entre la <<dificoltá momentanea>> y <<dificoltá temporanea>>. A su juicio, la primera no puede ser calificada como insolvencia porque puede ser resuelta en un plazo razonable de tiempo de entre uno y dos años. La segunda clase de dificultad económica mencionada sí se clasifica como uno de los tipos de insolvencia y se caracteriza por ser reversible⁴⁴⁰. Respecto esto último, opina ROVELLI que la <<temporanea difficoltà>> no sólo se caracteriza por ser reversible, sino que esta realidad la diferencia de la insolvencia <<vera>> e

⁴⁴⁰ Vid. **GUGLIELMUCCI, L.**, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, cit., p. 30, en especial la nota al pie. En dicha nota es donde se especifica que cuando la insolvencia es definitiva el procedimiento que procede instar es el <<fallimento>>, mientras que en el caso de la dificultad temporánea lo ideal es iniciar un procedimiento de <<amministrazione controllata>>. La opinión del autor coincide con la intención del legislador español en la medida en que la liquidación debería efectuarse en caso de insolvencia definitiva y el saneamiento si la crisis es reversible. Ahora bien, el citado autor no descarta que la dificultad temporánea pueda ser objeto de un procedimiento de <<fallimento>>, pues ésta no deja de ser una insolvencia. Como tal insolvencia cumple el requisito objetivo para la puesta en marcha del procedimiento liquidatorio. De la misma opinión y partidario de que la dificultad temporánea es una clase de insolvencia puede verse **BRANCADORO, G.**, en *Le procedure concorsuali minori*, GRECO, I., (Coord), Pirola Editore, Milano 1997, p. 9.

<<propia>>⁴⁴¹. Esta última opinión también es compartida en Portugal por parte de la doctrina pues, como expone PINTO FURTADO, ha de reconocerse la existencia de una doble realidad, esto es, la <<dificuldade temporária>> por un lado, y la <<insolvência>> por el otro⁴⁴². Es más, durante la vigencia en Portugal del Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, el art. 3. 2º diferenciaba la insolvencia de la crisis económica e incluyéndose la falta de liquidez en este último concepto⁴⁴³.

Estas matizaciones no sirven sino para poner de manifiesto la particular dificultad que entraña definir el concepto de insolvencia y la necesidad de delimitar claramente el contenido de los términos insolvencia, falta de liquidez o incapacidad patrimonial. Probada esta dificultad y resumiendo todo lo dicho hasta el momento, gráficamente podría exponerse de la siguiente forma:

1. Insolvencia = pasivo superior al activo + incapacidad total de pago.
2. Insuficiencia = pasivo inferior al activo + incapacidad transitoria de pago.
3. Solvencia = pasivo inferior al activo + capacidad de pago a su debido tiempo.

Así expuesto parece tener razón BAJO FERNÁNDEZ cuando afirma que la insuficiencia patrimonial debe ser diferenciada de la insolvencia. Sin embargo, el tercer elemento en cuestión, es decir, la falta de liquidez, seguiría

⁴⁴¹ Vid. **ROVELLI, L.**, “La crisi dell’impresa fra tutela del credito e interessi generali”, cit., p. 184. Aunque el autor no llega a decir expresamente que la dificultad temporal no es una verdadera insolvencia, esta afirmación puede deducirse del texto. Al diferenciar entre la dificultad temporal y reversible de la insolvencia verdadera y propia, ROVELLI pone de manifiesto que la primera no es en verdad una insolvencia. En este mismo sentido se expresa **TEDESCHI, G-U.**, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Cedam, Padova 2001, p. 38, para quien existe gran confusión en que debe entender por insolvencia y por dificultad temporánea de pago. Afirma el citado autor que el hecho de que la crisis sea superable y reversible la diferencia de la verdadera y propia insolvencia. Así las cosas, el procedimiento de <<fallimento>> se aplicaría en casos de verdadera insolvencia, mientras que la situación de temporánea dificultad se trataría en el procedimiento de <<ammnistrazione controllata>>.

⁴⁴² Vid. **PINTO FURTADO, J.**, “Perspectivas e tendências do moderno Direito da falência”, cit., pp. 73 y 82.

⁴⁴³ Vid. **MALAFAIA, J.**, “A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do Código Penal”, cit., p. 226.

sin ser un concepto autónomo al incluirse ya en la situación de insuficiencia tal y como propone GÓMEZ PAVÓN. Con todo, como ni la doctrina penal ni la mayoría de los mercantilistas realizan esta distinción parece más lógico desarrollar el tema partiendo de las nociones básicas que se siguen comúnmente.

Aclarada pues esta cuestión debe analizarse cual es el tipo de insolvencia o de insuficiencia que interesa al Derecho penal. Como se ha dicho ya, la opinión dominante excluye la insolvencia o insuficiencia provisional de la tutela penal. Al interrogante de si esta situación es o no atípica se dará respuesta seguidamente, analizando el prototípico caso de insolvencia provisional, esto es, la falta de liquidez.

III. 2- La insolvencia definitiva o provisional como presupuesto de la sanción penal.

Para comprobar si la falta de liquidez debe ser o no incluida en la esfera de actuación del Derecho penal deben analizarse las distintas clases de insolvencia exponiendo los argumentos que justifiquen su inclusión o no en cada uno de ellos. El análisis de estas cuestiones se iniciará por el estudio del tipo básico o genérico de alzamiento de bienes.

La falta de liquidez presupone la existencia de bienes suficientes en el patrimonio del deudor para que el acreedor satisfaga los créditos que le son debidos por cuanto el pasivo patrimonial es, como se vio anteriormente, inferior al activo. No obstante lo dicho, el acreedor no podrá cobrar el crédito al no ser posible transformar el patrimonio en liquidez. Como expone gráficamente CAEIRO, se trata de una falta de <<saldo patrimonial>>⁴⁴⁴.

La cuestión que debe plantearse ahora es la siguiente: ¿el deudor que deliberadamente realiza actos de disposición patrimonial que provocan un estado de falta de liquidez de forma tal que los créditos vencidos no pueden ser satisfechos realiza una conducta de alzamiento de bienes? O lo que es lo mismo y expresado de forma más simple, ¿comete el delito de alzamiento de bienes el deudor que autoprovoa su insolvencia provisional?

Para dar respuesta a este interrogante es preciso inicialmente examinar la situación en la que se coloca al acreedor. En el supuesto planteado el acreedor intenta cobrar su deuda, sin embargo, el pago no llega a realizarse

⁴⁴⁴ Cfr. CAEIRO, P., "Crimes contra o patrimonio", cit., p. 414.

por la autoprovocación de la insolvencia por parte del deudor. Ante esta realidad el acreedor insatisfecho no tiene más alternativa que esperar a que el deudor vuelva a obtener liquidez. A su vez, el deudor, precisamente por el hecho de estar incurso en una situación de insolvencia patrimonial, podría iniciar un procedimiento concursal de duración indeterminada. El panorama se revela de forma tal que mediante una serie de disposiciones patrimoniales que el deudor realiza con el ánimo de perjudicar a los acreedores, éstos no tienen más opción que pactar con el deudor, sea bien fuera del procedimiento concursal, sea bien en el seno del mismo. Consecuentemente, los créditos ya vencidos se ven retrasados en el cobro, por no decir que incluso mermados en el caso de que se hubiese convenido un acuerdo de quita o reducción del importe que facilite el cobro más fácilmente⁴⁴⁵.

Así entendido, podría decirse que desde el momento en que el acreedor no puede realizar el cobro de su deuda -por no existir liquidez para satisfacerla su crédito- se ve ya perjudicado. El acreedor se ve obligado a esperar a un momento posterior al del vencimiento y la espera a que se le somete no sería necesaria si el deudor no hubiese ocultado deliberadamente sus bienes. Así las cosas, poco importa al acreedor que la insolvencia autoprovocada dolosamente sea transitoria o no, pues su derecho al cobro se ve en ambas situaciones igualmente perjudicado al no cobrar a su debido tiempo. La gravedad de la conducta radica en el hecho de que de no haberse producido la conducta dolosa, la satisfacción de la obligación se habría realizado correctamente. El retraso es buscado y provocado deliberadamente por quien debería ocuparse de que se llevase a cabo en sus correctos términos y a su debido tiempo. Por todo ello podría decirse que el deudor es, en el momento del vencimiento de la deuda, insolvente y ello independientemente de que pueda variar su situación en un futuro y pueda obtenerse la liquidez necesaria para cubrir las obligaciones crediticias.

Si se tiene en cuenta que la capacidad de cumplir o no con los pagos ha de ser observada en el momento de vencimiento de la deuda y no en un futuro a medio o largo plazo, lo relevante será que se produzca una situación de impotencia del patrimonio del deudor para hacer frente a sus obligaciones⁴⁴⁶. Esta impotencia puede derivarse tanto de la inexistencia de

⁴⁴⁵ Vid. **RAMOS RUBIO, C.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., p. 26. Como explica, **SERRA, C.**, “A crise da empresa, os trabalhadores e a falência”, cit., p. 423, siempre que se inicia un procedimiento de estas características se constata la existencia de costes. Los acreedores son los que han de soportarlos en primer lugar, ya que han de esperar al pago de la deuda, que ni siquiera es seguro que acontezca.

⁴⁴⁶ Cfr. **SAGRERA TIZÓN, M-J.**, *El Derecho concursal en el nuevo Código penal*, cit., p. 18.

activos como de la imposibilidad de realizar los bienes en el caso de que sí existan. Por supuesto y añadido a todo lo dicho para justificar la intervención penal, la situación de desbalance debe haber sido provocada intencionadamente por el deudor, de forma que no siendo así la insuficiencia no sería típica.

Así expuesto, cometería el tipo básico de alzamiento de bienes el deudor que en previsión del futuro vencimiento de una deuda provocase intencionadamente su insolvencia provisional con el fin de no cumplir con la deuda a su vencimiento. El acreedor resultaría perjudicado y ello independientemente de que en un momento posterior el deudor recuperase la liquidez y pudiera hacer frente al resto de las deudas que vencieran tras la insolvencia provisional. En esta línea parece situarse MUÑOZ CONDE para quien, <<la teoría de la insolvencia definitiva restringiría en demasía el ámbito del alzamiento de bienes>>, y añade que <<basta, pues, con que en el momento de realizarse la acción, pueda considerarse objetivamente que el deudor es incapaz de responder del incumplimiento de sus obligaciones>>⁴⁴⁷. Por su parte, en la doctrina portuguesa apunta CAEIRO que, aunque con ciertas dudas, pueden considerarse relevantes las maniobras fraudulentas consistentes en la disminución del patrimonio líquido, aunque ello no suponga una disminución general del activo⁴⁴⁸. En primer lugar habrá que diferenciar el concepto de patrimonio bruto y patrimonio líquido y, seguidamente, decidir cual de los dos ha de tenerse en cuenta para establecer la solvencia del deudor. Finalmente el autor luso concluye que el art. 227 del CPP admite como modalidad de comisión el aumento ficticio del pasivo mediante la disminución ficticia -o no⁴⁴⁹- del patrimonio líquido. De esta forma, la crisis económica puede no revelar una incapacidad general del activo para pagar, pero sí se detecta una insuficiencia del <<saldo patrimonial>>⁴⁵⁰.

En definitiva, y con base en los argumentos esgrimidos, podría llegarse a la conclusión de que la causación intencionada de la insolvencia provisional debería ser castigada también mediante el alzamiento de bienes. De esta forma lo ha entendido en ocasiones la jurisprudencia, en la cual se ha reconocido que

⁴⁴⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 123.

⁴⁴⁸ Vid. CAEIRO, P., “Crimes contra o patrimonio”, cit., p. 414.

⁴⁴⁹ Esta aclaración no aparece en el texto portugués, sin embargo, parece apropiado matizarlo. Y es que puede suceder que el deudor se deshaga de su patrimonio líquido intercambiándolo por elementos patrimoniales no líquidos. No tiene, por tanto, porque tratarse únicamente de una disminución ficticia, sino que también puede serlo material y real.

⁴⁵⁰ Vid. CAEIRO, P., “Crimes contra o patrimonio”, cit., p. 414.

la iliquidez provocada puede dar lugar al alzamiento de bienes siempre y cuando los acreedores no puedan cobrar sus deudas⁴⁵¹. Implícitamente se da a entender que la situación de falta de bienes realizables puede suponer el pago tardío o el impago y ello sin que tenga que producirse la incapacidad patrimonial absoluta.

Con todo, existen razones de peso para descartar esta idea y así lo ha entendido la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia⁴⁵².

En primer lugar, se sostiene por la doctrina que una interpretación del tipo tan extensiva implicaría una vulneración del principio de intervención mínima que rige en el Derecho penal. Considerar que la insolvencia provisional se sanciona mediante el alzamiento de bienes supone una injerencia injustificada del Derecho penal puesto que para dar solución a esta situación se han previsto ya mecanismos en la normativa mercantil. Como sostiene la doctrina dominante, sólo cuando la situación de insolvencia es definitiva y ha sido provocada intencionadamente debe entrar en juego la tutela penal⁴⁵³. Únicamente en ese momento puede decirse que el derecho del acreedor a la satisfacción de su crédito ha sido conmocionado de forma lo suficientemente intolerable como para justificar la sanción penal. Ante la situación de falta de liquidez al acreedor le asisten mecanismos suficientes para paliar la situación y, a su vez, el perjuicio provocado por el retraso de la deuda se compensará mediante su correspondiente indemnización.

Debe tenerse en cuenta además que el deudor que se encuentra en insolvencia provisional es un deudor realmente solvente y ello a pesar de que en el momento de vencimiento de determinadas deudas éstas no puedan pagarse a su debido tiempo. El Derecho penal debe, por regla general, limitarse a sancionar al deudor que es <<insolvente>> en el sentido más estricto del término.

⁴⁵¹ Vid. STS de 2 de diciembre de 1991.

⁴⁵² Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 14, **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 452, **SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J-L.**, “Quiebra, concurso o suspensión de pagos mediante alzamiento de bienes”, cit., p. 652 y **GALLEGO SOLER, J-I.**, “El bien jurídico-penal en los delitos de insolvencia: ¿dos modelos de protección enfrentados?”, cit., p. 361. En la jurisprudencia puede verse la SAP de Barcelona de 11 del julio de 2002.

⁴⁵³ Vid. por todos **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit., p. 154.

Estas mismas consideraciones pueden y deben aplicarse al art. 258 del CP, en el que se tipifica el alzamiento de bienes dirigido a eludir las responsabilidades civiles derivadas de delito, y máxime cuando la ejecución de las responsabilidades civiles se rige por el mecanismo de ejecución de las sentencias dictadas por jueces de lo penal.

No obstante, la línea argumentativa hasta ahora expuesta varía cuando se trata del alzamiento dirigido a la elusión de la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio -art. 257.1. 2º del CP-. En este delito se sanciona penalmente a quien, en palabras del propio legislador, <<dilata, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo>> mediante disposiciones patrimoniales o actos generadores de obligaciones destinadas a perjudicar al acreedor. Pues bien, esa dilación u obstaculización del procedimiento ejecutivo podría llegar a materializarse perfectamente mediante la provocación por parte del deudor de una falta de liquidez. Así, la conducta del deudor que, procediendo contra su patrimonio un embargo, se deshace intencionadamente de sus bienes realizables, quedando únicamente aquellos cuya liquidez no es posible -v. gr. bienes inmuebles de imposible venta por crisis en el mercado de los bienes inmobiliarios-, encaja en el tipo penal del art. 257. 1. 2º, ya que consigue dilatar u obstaculizar el procedimiento ejecutivo.

Así expuesto, el delito del art. 257.1. 2º del CP requiere que el deudor con los actos de disposición o generadores de obligaciones efectuados se insolvente⁴⁵⁴. La insolvencia ha de ser el resultado de dichos actos que suponen la dilatación, obstaculización o fracaso del procedimiento ejecutivo, no obstante nada prejuzga en torno a si ésta debe ser provisional o definitiva. Nada, en línea de principio, excluye la posibilidad de que dicha conducta se lleve a cabo provocando la insolvencia provisional. Es más, una de las formas de alcanzar el propósito del deudor de obstaculización del procedimiento puede consistir precisamente en apartar del patrimonio los bienes realizables, permaneciendo únicamente aquellos que entrañan mayor dificultad para ser enajenados. Como el tipo penal comprende una conducta tan amplia, esto es, no sólo incluye la frustración de la ejecución sino también la obstaculización y dilación del procedimiento, nada impide sostener que, si bien la insolvencia definitiva impide el buen éxito del procedimiento, la autoprovocación de la insolvencia conocida como provisional constituye un medio más que

⁴⁵⁴ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 508.

adecuado para dilatarlo y entorpecerlo⁴⁵⁵. Partiendo de esta afirmación sería correcta, pues, la doctrina del Tribunal Supremo cuando se manifiesta diciendo que la insolvencia puede ser <<total o parcial, real o ficticia y debe referirse siempre a casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para la actividad de ejecución de la deuda>>⁴⁵⁶.

Por su parte, también el delito del art. 260 del CP, podría presentar dudas en su interpretación cuanto hace referencia a la agravación y provocación de la <<insolvencia>> o <<crisis económica>>. La utilización de estos dos últimos términos podría fundamentar la idea de que el delito en cuestión está previsto para casos tanto de insolvencia definitiva -que es la crisis económica de mayor gravedad⁴⁵⁷- como para casos de insolvencia provisional que implicarían una crisis económica de menor entidad. Y es que, también la insolvencia provisional conlleva la existencia de una crisis económica al poner en peligro el correcto funcionamiento de la actividad económica de cualquier comerciante o empresa impidiendo la satisfacción de las obligaciones contraídas a su debido tiempo⁴⁵⁸.

Pues bien, la inclusión del término <<crisis económica>> permitiría entender la amplitud de la conducta descrita en el tipo, pues es claro que la insolvencia definitiva es una de las manifestaciones de crisis económica pero desde luego no la única. El término <<crisis económica>> es cuanto menos equívoco, no obstante la inclusión en su momento de la suspensión de pagos y la posterior adaptación a la Ley Concursal que la sustituye por el término <<concurso>> neutraliza la indeterminación del mismo y demuestra la variedad de situaciones a que se orienta la descripción de la conducta típica⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ De esta opinión puede verse **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A., (Dir)**, *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 622.

⁴⁵⁶ Vid. STS de 18 de octubre de 2002 acerca de la doctrina general sobre el delito de alzamiento de bienes.

⁴⁵⁷ Vid. **URÍA, R.**, *Derecho mercantil*, cit., p. 1018.

⁴⁵⁸ Vid. con un planteamiento diferente **NIETO MARTÍN, A.**, *El delito de quiebra*, cit., p. 169. Para el autor la iliquidez no puede encuadrarse en el concepto de crisis económica al igual que sucede con el sobreendeudamiento. Define la crisis como <<la amenaza de lesión>> o <<situación de riesgo patrimonial para los intereses de los acreedores que encuentra su límite inferior en la creación de impotencia patrimonial y que culmina con este estado, a no ser que se adopte medida de salvamento adecuada>>.

⁴⁵⁹ Vid. **QUINTERO OLIVARES, G.**, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, **QUINTERO OLIVARES, G., (Dir)/ MORALES PRATS, F., (Coord)**, Aranzadi, Elcano 2002, p. 751. Debe aclararse que la posición del autor admitiendo la posibilidad de que el Derecho penal intervenga allí donde la insolvencia se manifiesta como provisional, no ha sido su posición

En esta línea, y vigente la normativa ya derogada, GÓMEZ PAVÓN afirmaba que la inclusión de la suspensión de pagos en el texto penal presupone la existencia de fondos aun cuando exista una crisis económica⁴⁶⁰. Y añade la autora que a efectos de apreciar el art. 260 del CP <<en cualquier caso debe existir un estado de insolvencia, aun cuando pueda ser provisional, como en la suspensión de pagos>>⁴⁶¹.

De esta forma, y en línea de principio, la provocación y la agravación de la insolvencia provisional sí eran castigadas cuando, en su momento, mediaba la declaración de la suspensión de pagos. Actualmente con la Ley Concursal el argumento es igualmente válido, pues el nuevo concepto de insolvencia incluiría tanto los casos de insolvencia definitiva como provisional. En este sentido, por deudor concursado se entiende tanto aquel deudor que atraviesa una situación de incapacidad de pago transitoria como definitiva.

Así pues, se configura una excepción a la regla general de la no intervención del Derecho penal en esta situación⁴⁶². La razón que justifica la inclusión en este caso la provocación de la insolvencia provisional como un supuesto de delito concursal es precisamente el hecho de que esa provocación, cuando ha sido dolosamente causada, ha dado lugar a la apertura del procedimiento concursal. En principio parece una mera distinción formal. Sin embargo, podría justificarse diciendo que el legislador penal constata en tales supuestos un plus de antijuridicidad de la conducta, pues existe un pronunciamiento de un juez que ha considerado que la situación es merecedora de la intervención de la normativa concursal. En otras palabras, para el Derecho penal no es lo mismo provocar la insolvencia provisional y no ser declarado deudor concursado, que provocar la insolvencia y sí serlo.

originaria pues en un primer momento descartaba esta versión excluyendo el desbalance temporal. Según el argumento que ofrece para admitir la insolvencia provisional, este es, la inclusión de la suspensión de pagos, puede verse que la primera orientación que en su momento adoptó data de una fecha en la que estaba vigente el Código Penal de 1973. Puede verse del autor *El alzamiento de bienes*, Editorial Praxis, Barcelona 1973, p. 63.

⁴⁶⁰ Vid. GÓMEZ PAVÓN, P., “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, cit., p. 45.

⁴⁶¹ Cfr. GÓMEZ PAVÓN, P., “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, cit., p. 45

⁴⁶² Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “La polémica presencia del Derecho penal en los problemas concursales” en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 2, 1998, p. 116, dice <<en la quiebra, concurso o suspensión de pagos el deudor se presenta total o parcialmente insolvente real, definitiva o coyunturalmente>>. De la misma opinión SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J-L., “Quiebra, concurso o suspensión de pagos mediante el alzamiento de bienes”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 66, Madrid 1998, p. 652. En la misma línea FERRER BARRIENTOS, A., “Repercusiones concursales del nuevo Código Penal”, en *Derecho concursal II*, Consejo General del Poder Judicial, p. 552.

Ha de tenerse presente que la inclusión en su momento de la suspensión de pagos en el texto del art. 260 del CP respondía a una realidad clara que se venía reproduciendo reiteradamente: un significativo número de los expedientes de pagos tramitados escondían verdaderas situaciones de insolvencia definitiva⁴⁶³. El procedimiento de suspensión de pagos se convirtió así en un mecanismo común para hacer desaparecer y sustraer los bienes propios en perjuicio de los acreedores y no un mecanismo de reestructuración de empresas. Por ello, en la mayoría de los casos en los tras la declaración del expediente de suspensión de pagos se aplicaba el art. 260 del CP, se estaba sancionando la provocación intencionada de una insolvencia definitiva y no provisional. Seguramente, lo que pretendía el legislador era acabar con la impunidad de los deudores quebrados que ocultaban su crisis económica insubsanable tras la concesión de una suspensión de pagos; no obstante, el dictado de la norma permitía incluir, y todavía es así, los casos en los que lo que se provoca o agrava una situación de crisis económica no definitiva.

Finalmente, y para concluir con la cuestión de si la falta de liquidez se sanciona o no desde el Derecho penal, el 261 del CP nada aporta a esta cuestión pues en él no se castiga la producción de la insolvencia por parte del deudor. El art. 261, relativo a la presentación de datos falsos en el procedimiento concursal con la finalidad de obtener su indebida declaración, castiga una conducta consistente en la comisión y presentación ante el juez de lo mercantil de una falsedad. No se tipifica pues la provocación de la insolvencia sino la presentación de datos falsos en el procedimiento concursal⁴⁶⁴. En definitiva, se trata pues de una conducta que no se construye sobre la situación de la insolvencia, sino que se desarrolla en un escenario específico, esto es, en el procedimiento concursal.

Por todo lo expuesto, debe concluirse que por regla general sólo la insolvencia definitiva incumbe al Derecho penal. No obstante, toda regla presenta excepciones. En este caso, la excepción vendría representada por el

⁴⁶³ Vid. **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., p. 496 o **FAJARDO GARCÍA, G.**, “Crisi dell’impresa e procedure di risanamento nel diritto spagnolo”, en *Crisi dell’impresa e salvaguardia dell’azienda*, SCHIANO DI PEPE, G., (a cura di), Cedam, Padova 1995, p. 214. Debido a esta práctica la autora expone como no es clara la diferencia entre un procedimiento y otro. Se trataría de una cuestión de oportunidad, de tal forma que el procedimiento que se iniciase antes sería el que primaba. Por este motivo opina FAJARDO GARCÍA que el expediente de suspensión de pagos se acabó convirtiendo en una quiebra voluntaria, abreviada y más barata.

⁴⁶⁴ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 680. De la misma opinión **ROBLEDO VILLAR, A.**, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Bosch, Barcelona 1997, p. 268.

delito de alzamiento de bienes del art. 257.1. 2º del CP, en el que sí sería posible castigar al deudor que provoca su falta de liquidez como medio idóneo para la obstaculización del procedimiento ejecutivo y, de producirse, también por los supuestos de concurso que realmente respondan a una situación de insolvencia transitoria.

III. 3- El concepto de insolvencia inminente y su encuadre en el delito del art. 260 del CP.

La Ley Concursal prevé la posibilidad de que el deudor pueda solicitar la declaración del concurso cuando la insolvencia sea actual o inminente, identificándose este último termino con aquella situación por la que el deudor prevé que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones -art. 2.3 LC-. Así pues, en el momento de la solicitud del concurso todavía no se han impagado los créditos pero es objetivamente previsible que llegue a producirse dicho incumplimiento. Por lo que al Derecho penal interesa, el concepto de insolvencia inminente tiene sentido en el marco del delito del art. 260 del CP. Dice el citado artículo que <<el que fuere declarado en concurso será castigado (...) cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente>>.

Al concepto de insolvencia inminente le sucede lo mismo que al de insolvencia provisional, ya que realmente no es una verdadera insolvencia sino la antesala a la insolvencia o la previsión fundada de una futura insolvencia. Se trata pues de una crisis económica que puede previsible y razonadamente desembocar en una eventual insolvencia provisional y transitoria o en una insolvencia definitiva. Precisamente por tratarse de una previsión de insolvencia, el legislador concursal permite al deudor solicitar la declaración del concurso como una forma de anticiparse a una crisis de mayor gravedad en la que realmente el deudor no pueda hacer frente a las obligaciones contraídas. Teniendo presente este enunciado y partiendo de la premisa de que una vez declarado el concurso se constata la existencia de la insolvencia son varias las posibilidades:

1. Que se provoque fraudulentamente por parte del deudor la insolvencia con anterioridad a la declaración del concurso por parte del juez de lo mercantil. En este supuesto la conducta dolosa encajaría en la dicción del art. 260 del CP como <<provocar>>⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ Como explica **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, “Los delitos contra el patrimonio en la reforma penal de 2003”, en *Las últimas reformas penales*, cit., pp. 234 y 235, es un error creer que la conducta

Es decir, el deudor autoprovoca dolosamente su insolvencia no pudiendo pagar a sus acreedores y se insta el concurso, bien a instancia del propio deudor, bien de sus acreedores perjudicados. En este caso, la insolvencia constatada con la declaración del concurso por el juez de lo mercantil es actual.

2. Si la insolvencia se provocó dolosamente antes de la declaración del concurso y posteriormente a la declaración se realizan actos de disposición que agravan esa situación, se aplica el art. 260, al entender que todos los actos realizados pertenecen a la misma conducta.
3. Si la declaración del concurso se realiza con base en la acreditación de la insolvencia inminente, y posteriormente el deudor realiza fraudulentamente actos de disposición patrimonial, los cuales suponen cargas para el patrimonio, dando como resultado la constatación de la insolvencia y transformando la insolvencia inminente en insolvencia actual, la conducta encajaría en el art. 260 como <<agravar>> la insolvencia⁴⁶⁶.
4. El deudor no es responsable del desbalance provisional. La insolvencia se ha producido bien fortuitamente bien imprudentemente. Sin embargo, una vez declarado el concurso el deudor lleva a cabo disposiciones patrimoniales que acentúan la situación de desequilibrio patrimonial. La conducta se incardina entonces en el art. 260 como <<agravar>> la insolvencia o crisis económica⁴⁶⁷.

que causa o agrava la situación de insolvencia sólo será típica si se realiza con posterioridad a la declaración del concurso en el procedimiento concursal. Dicha interpretación conduciría a una casi total impunidad, a la vez que del tenor del precepto no puede deducirse que la declaración del concurso determine el momento a partir del cual puede cometerse el delito.

⁴⁶⁶ A este respecto son aplicables las observaciones que realiza **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, “Los delitos contra el patrimonio en la reforma penal de 2003”, cit., p. 236 sobre la hipótesis 4 del texto. Cuando el autor analiza lo que en el texto se identifica como punto 4 lo califica como un caso de causalidad concurrente o cumulativa, pues el sujeto no crea la situación de crisis pero la agrava. Esta apreciación es válida igualmente para los casos de actualización durante el concurso de la situación de insolvencia, es decir, para los supuestos que encajan en la hipótesis 3 del texto.

⁴⁶⁷ Vid. **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, “Los delitos contra el patrimonio en la reforma penal de 2003”, cit., pp. 235 y 236. Asimismo puede verse **QUINTERO OLIVARES, G.**, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (2002), cit., p. 753, quien baraja ante esta hipótesis la posibilidad de entender que todos los actos de disposición que realiza el deudor después de la declaración del concurso encajan en el art. 259 del CP sobre el favorecimiento de acreedores, así como la posibilidad de apreciar una apropiación indebida si se entiende que el deudor concursado es

Entendido así el art. 260 del CP, la insolvencia inminente tiene relevancia desde el punto de vista de que a partir de su declaración es posible sancionar una conducta de insolvencia nacida dentro del propio procedimiento concursal y que no trae causa de actos anteriores a esta declaración. Es decir, el delito del art. 260 puede ser aplicado cuando los actos de ocultación se hayan realizado con anterioridad a la apertura del procedimiento o bien con posterioridad a la misma⁴⁶⁸. Este último caso es el de la insolvencia inminente que se revela como el prototipo de delito de insolvencia nacida en el seno de un procedimiento concursal.

No obstante lo dicho, para algunos autores la previsión de la insolvencia inminente puede tener otro tipo de repercusiones en el ámbito penal. Así, FARALDO CABANA sostiene que esta inclusión evidencia el hecho de que para la comisión del delito de insolvencia fraudulenta del art. 260 del CP no es necesario para la consumación del delito que las deudas estén vencidas y sean exigibles⁴⁶⁹. Según FARALDO CABANA, <<si el autor del delito de insolvencia fraudulenta es el deudor declarado en concurso quien se encuentra en estado de insolvencia inminente, esto es, antes de que los créditos estén vencidos y/o sean exigibles, eso significa que puede sostenerse que en el ámbito penal tampoco son necesarias esas notas>>⁴⁷⁰.

Pues bien, una cosa es que el deudor pueda ser declarado en concurso antes del vencimiento de las deudas y otra distinta que pueda ser castigado como autor de un delito de insolvencia. Lo que sí es cierto, es que desde el momento en que se declara el concurso se amplían las posibilidades de que la insolvencia sea perseguida penalmente⁴⁷¹, pero no que el estado de insolvencia inminente implique la aplicación del delito de insolvencia.

depositario de los bienes de su propio patrimonio. Finalmente, el autor se decanta por entender que se aplica el art. 260 del CP al prever una pena mayor.

⁴⁶⁸ En contra de esta posición puede verse **GONZÁLEZ CUSSAC. J-L.**, “Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003”, cit., p. 647. Para el citado autor <<dentro de los diferentes tipos de alzamiento se incluyen todas las insolvencias previas a un juicio ejecutivo universal, mientras que en los delitos de quiebras se castigan todas las insolvencias nacidas dentro de un proceso universal>>.

⁴⁶⁹ Vid. **FARALDO CABANA, P.**, “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal”, cit., p. 287.

⁴⁷⁰ Cfr. **FARALDO CABANA, P.**, “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal”, cit., p. 287.

⁴⁷¹ Vid. **CUGAT MAURI, M.**, “El impacto de la nueva Ley Concursal en el delito de quiebra”, cit., p. 4.

Si se parte de la idea de que el delito del art. 260 requiere para su consumación la provocación de un perjuicio efectivo para el acreedor y la lesión del bien jurídico⁴⁷², solamente si las deudas se encuentran vencidas y son exigibles puede apreciarse el perjuicio para el sujeto pasivo⁴⁷³. En consecuencia, la declaración de la insolvencia inminente simplemente pone de relieve el posible peligro para el bien jurídico, ya que se trata de una previsión de posible impago de los créditos. Sin embargo, esta previsión de futuro y puesta en peligro del bien jurídico únicamente permiten al juez de lo penal examinar los hechos y decidir si realmente concurren los elementos del tipo delictivo. Así las cosas, si con posterioridad a la declaración del concurso se comprueba que la insolvencia es realmente definitiva y ha sido dolosamente causada, o si el concursado realiza actos de disposición que agraven esa situación de insolvencia inminente y la crisis económica, provocando entonces la insolvencia actual y definitiva, puede decirse que efectivamente se ha perjudicado al acreedor/es y se ha realizado la conducta del art. 260 del CP.

Es cierto que el Derecho penal necesita que se declare el concurso para poder aplicar el delito; no obstante, una vez declarado éste el juez de lo penal deberá estudiar la situación y decidir si verdaderamente concurren los restantes requisitos del tipo penal⁴⁷⁴. Para ello, debe comprobar si el perjuicio realmente se ha producido y ello implica indefectiblemente comprobar que las deudas esten vencidas. De no existir el vencimiento y, aun en el caso de que se haya producido, si el estado de insuficiencia patrimonial resulta ser transitorio, el juez debe dejar que sea el Derecho mercantil y civil los que solucionen la situación. En este sentido, si se entiende que la declaración del concurso por insolvencia inminente no conlleva el vencimiento de las deudas, está claro que el Derecho penal no debe actuar. Teniendo presente el espíritu conservativo de la Ley Concursal, lo normal sería que la insolvencia inminente se encauzara por la vía del convenio. Sólo si éste fracasa o se solicita por el deudor o de oficio la transformación del procedimiento, se procedería a la liquidación⁴⁷⁵.

⁴⁷² Así lo entiende la doctrina mayoritaria a partir de argumentos como el de la graduación de la pena en función del perjuicio ocasionado a los acreedores. Vid. **GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L.**, “Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003”, cit., pp. 652 y 655. También **LANDROVE DÍAZ, G.**, *Las quiebras punibles*, cit., p. 146.

⁴⁷³ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “El nuevo delito de insolvencia concursal del art. 260 del CP tras la nueva Ley Concursal”, en *Libro Homenaje al Profesor DR. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Elcano 2005, p. 1566.

⁴⁷⁴ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “El nuevo delito de insolvencia concursal del art. 260 del CP tras la nueva Ley Concursal”, cit., p. 1558.

⁴⁷⁵ La transformación del procedimiento puede realizarse a instancia del deudor, del acreedor o de oficio. En este sentido pueden verse los arts. 142, 143 y 140 de la LC. En el caso de los acreedores,

En ese momento sí vencerían las deudas y, por tanto, el Derecho penal podría actuar. Por todo lo dicho, no parece adecuado entender que la insolvencia inminente permite interpretar que en los delitos concursales se aplican aun cuando las deudas no estén vencidas, sino que, como se expuso antes, puede entrar a estudiar el supuesto de hecho. La insolvencia inminente es la antesala a la insolvencia actual, que de comprobarse posteriormente su carácter definitivo y fraudulento, sí podría dar lugar a la aplicación del tipo penal.

En principio, si el procedimiento concursal deriva en convenio, las deudas no vencen⁴⁷⁶, y por tanto no puede aplicarse el delito concursal. Si la fase que se sigue es la de liquidación -con o sin fase previa de convenio-, entonces todas las deudas vencen anticipadamente⁴⁷⁷, por lo que el juez de lo penal puede ya entrar a considerar la existencia o no del perjuicio. Por todo ello, se puede concluir que la declaración del concurso por insolvencia inminente no permite actuar al juez de lo penal hasta que no se confirme el carácter definitivo e insubsanable de la insolvencia, lo que coincidiría además con la fase de liquidación en el procedimiento concursal. No sería por tanto posible que por la vía penal se condenase por un delito concursal y en el procedimiento concursal se llegase a convenio, y ello a pesar de la pretendida independencia de ambos procedimientos. La razón es obvia, ya que de existir convenio las deudas no vencen -es más, se pueden aplazar⁴⁷⁸-, y por tanto el

estos sólo pueden solicitar que se proceda a la liquidación cuando ha existido incumplimiento del convenio.

⁴⁷⁶ Vid. **GALLEGO SÁNCHEZ, E./ MASCARELL NAVARRO, J./ ALTÉS TÁRREGA, J.**, “Efectos de la declaración del concurso: efectos sobre los acreedores”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, J., (Coord), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 214. Los autores afirman que en la fase común del procedimiento y en fase de convenio los créditos no vencen. La razón de que sustenta esta afirmación es aquella por la que el convenio está orientado a la conservación de la empresa. Así pues, el vencimiento anticipado opera únicamente en la liquidación, ya que es entonces cuando se procede a la enajenación y reparto de los bienes que conforman el patrimonio del concursado. Los créditos vencen y se pagaran según el orden que la Ley Concursal establece.

⁴⁷⁷ Vid. Artículo 146 de la LC, según el cual <<además de los efectos establecidos en el capítulo II del título III de esta Ley, la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones>>. Debe indicarse que el artículo hace referencia a los créditos concursales, que son aquellos que, por contraposición, no lo son contra la masa. Los créditos contra la masa aparecen enumerados en el art. 84 de la LC. Entre ellos se encuentran, entre otros, las costas y gastos judiciales por la solicitud y declaración del concurso y los alimentos del deudor.

⁴⁷⁸ Vid. art. 100 de la LC. En él se especifica cual es el contenido del convenio, incluyéndose los pactos de quita y espera. Si se produce una espera es claro que la exigibilidad de las deudas se aplaza. Si se pactase una quita se mantiene el vencimiento fijado con una reducción del importe a pagar por el concursado.

juez de lo penal no puede de forma alguna valorar el perjuicio ocasionado al acreedor, a pesar de que se haya declarado el concurso.

Por último, debe decirse que lo lógico es pensar que cuando el deudor solicita voluntariamente la declaración de la insolvencia inminente pretende, entre otras cosas, evitar el perjuicio a los acreedores buscando la solución más adecuada a la crisis económica por la que atraviesa. Parece poco probable, aunque no imposible, que el deudor provoque dolosamente su situación de insolvencia inminente con la intención de ser declarado concursado. En este anómalo caso, aunque la situación fuese dolosamente provocada, el delito del art. 260 del CP no se consumaría hasta que no se comprobase el efectivo perjuicio para los acreedores y el carácter definitivo de la insolvencia.

IV. Otras cuestiones en torno al concepto penal de insolvencia.

IV. 1- Insolvencia real e insolvencia ficticia.

Desde los primeros estudios sobre los delitos de insolvencia, una de las cuestiones que han suscitado mayor debate ha sido si la insolvencia requerida por el tipo penal debe ser real o si también puede apreciarse el delito cuando ésta es ficticia. En definitiva, se plantea desde siempre el interrogante de si se exige que el deudor no posea realmente bienes para hacer frente al pago de las deudas a su vencimiento o si basta la mera apariencia de inexistencia de bienes.

En el caso de que se constate que el deudor carece efectivamente de bienes que permitan responder de sus obligaciones o si los bienes que ostenta no pueden ser transformados en liquidez, la insolvencia es real. No cabe duda pues de que la insolvencia real incumbe al Derecho penal, puesto que inevitablemente al desposeerse el deudor fraudulentamente de sus bienes lesiona el derecho de crédito al momento de su vencimiento. El acreedor ve frustradas sus posibilidades de cobro al no encontrar bienes suficientes para satisfacer la deuda⁴⁷⁹ o, en su caso, sí los encuentra pero sin posibilidad de enajenarlos y cubrir el importe de la obligación -insolvencia provisional-.

Por su parte, la insolvencia aparente o ficticia alude a casos en los que el patrimonio del deudor sí es suficiente para pagar las deudas contraídas, pero el

⁴⁷⁹ De esta opinión participa unánimemente la doctrina y puede verse por todos **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 123.

acreedor no puede satisfacer su crédito porque el deudor ha ocultado una parte o la totalidad de sus bienes⁴⁸⁰. Se trata en definitiva de una situación en la que el deudor es solvente pero oculta esa capacidad de pago creando una imagen falsa de insolvencia⁴⁸¹. En realidad, tal y como afirma entre otros DE VICENTE REMESAL, la insolvencia aparente resulta ser para el acreedor tan real como la situación en la que efectivamente no existen bienes⁴⁸². En este sentido, poco importa que el deudor sea solvente si consigue convencer de su insolvencia⁴⁸³. La solvencia si está oculta y se esconde de forma que no sirve a la satisfacción de los créditos no tiene valor alguno para los acreedores. En esta línea autores como TERRADILLOS BASOCO optan por no realizar ya la distinción entre una u otra categoría de insolvencia y afirma que <<quien ha puesto su patrimonio a buen recaudo de los acreedores es, frente a ellos, insolvente>>⁴⁸⁴.

Por todo lo expuesto, puede decirse que insolvente es tanto el acreedor que destruye la totalidad de sus bienes como aquel que los oculta ficticiamente. Acontece, además, que el hecho de ocultar los bienes es indicador ya del carácter fraudulento de la conducta. En consecuencia, si el deudor decide, una vez vencida la deuda, cumplir sus obligaciones porque realmente posee los bienes, el delito estará igualmente consumado pues fraudulentamente fingió su insolvencia impidiendo el cobro de la deuda en el momento del vencimiento⁴⁸⁵. Como exponen QUINTANO RIPOLLÉS⁴⁸⁶ o PAJARDI/ TERNI DE´GREGORJ⁴⁸⁷, lo que se castiga no es la insolvencia en sí misma considerada, ni es la solvencia lo que libera y excluye de responsabilidad criminal sino <<el hecho de burlar la eficacia de un orden jurídico estatuido para la defensa de los intereses de los acreedores>>. Lo

⁴⁸⁰ Vid. FARALDO CABANA, P., "Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal", cit., p. 287.

⁴⁸¹ Vid. GOMEZ PAVÓN, P., "Las insolvencias punibles en el Código Penal actual", cit., p. 43. En la jurisprudencia puede verse la STS de 15 de junio de 2005.

⁴⁸² Vid. DE VICENTE REMESAL, J., "Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público: delimitación y cuestiones concursales. Comentario a la STS de 14 de julio de 1989", en *La Ley*, 1990, p. 120.

⁴⁸³ Cfr. NAVARRO, G-R., *Insolvencia Fraudulenta*, Ed. Jurídicas Cuyo, Buenos Aires 2004, p. 30.

⁴⁸⁴ Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 140.

⁴⁸⁵ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *El alzamiento de bienes*, cit., p. 65.

⁴⁸⁶ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, Tomo III*, Madrid 1965, p. 42.

⁴⁸⁷ Vid. PAJARDI, P./ FORMAGGIA TERNI DE´GREGORJ, I., *I reati fallimentari. La responsabilità penali dell' imprenditore nelle procedure di crisi*, Pirola Editore, Milano 1994, p. 20.

decisivo será pues que llegado el vencimiento de la deuda el deudor sea insolvente y que la insolvencia, real o ficticia, se haya provocado dolosamente.

Esta opinión es compartida también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en sentencia de 26 de diciembre de 2000 y respecto del delito de alzamiento de bienes, el Alto Tribunal ha sostenido que se trata de una <<actuación sobre los bienes propios destinada a mostrarse real o aparentemente insolvente, total o parcialmente, frente a todos o frente a parte de sus acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubiera podido satisfacerse sobre dichos bienes>>⁴⁸⁸. La conclusión que se extrae de este y otros pronunciamientos jurisprudenciales es que también el deudor solvente que oculta esta condición frustrando el derecho de satisfacción de las deudas por sus acreedores es, a pesar de no ser efectivamente insolvente, autor de un delito de insolvencia punible.

Por otra parte, y aunque pueda parecer obvio, si tras los actos de disposición patrimonial permanece en el patrimonio del deudor algún bien no ocultado y conocido de valor suficiente para cubrir las deudas exigidas, la conducta no encajaría en el tipo penal⁴⁸⁹. Es más, en un caso semejante sería incluso difícil probar que la ocultación de los bienes se dirigía a perjudicar a los acreedores⁴⁹⁰. Y es que, en definitiva, se conservan bienes suficientes para cubrir el pasivo del deudor independientemente del hecho de que, con anterioridad, se realizasen actos de disposición patrimonial por parte del deudor. Serían supuestos de ocultación inocua sin efectos en la esfera penal por faltar el requisito básico del resultado de insolvencia que ponga de

⁴⁸⁸ Vid. también la STS de 27 de noviembre de 2001 y en la jurisprudencia de los tribunales menores puede verse, entre otras, la SAP de Salamanca de 31 de julio de 2002 o la SAP de Alicante de 9 de mayo de 2002.

⁴⁸⁹ Puede verse un ejemplo de absolución precisamente por este motivo en la STS de 10 de febrero de 2006. El Tribunal Supremo entendió que aunque el hecho de que determinado haya salido del patrimonio del deudor ello no permite apreciar el delito por alzamiento de bienes si existen otros bienes suficientes sobre los que efectuar el cobro de la deuda. En el caso concreto, la entidad bancaria sólo había intentado el cobro de la deuda sobre una determinada finca, que estando ya hipotecada y no siendo dicha entidad acreedora privilegiada, no pudo servir a tal fin. A pesar de que el deudor contaba con otros bienes suficientes para cubrir el importe, en ningún momento la demandante intentó el cobro sobre ellos. El Alto Tribunal concluye que el hecho de que dicha finca no pudiese ser embargada por la demandante no implicaba la comisión del delito de alzamiento de bienes y mucho menos cuando no consta que el deudor haya distraído fraudulentamente bien alguno de su patrimonio.

⁴⁹⁰ Vid. **RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.**, *Derecho Administrativo Patrimonial*, Bosch, Barcelona 2005, p. 549.

manifiesto la puesta en peligro o lesión del bien jurídico⁴⁹¹. Como expone MUÑOZ CONDE <<si el deudor de una obligación monetaria enajena sus bienes, pero a pesar de esta enajenación quedan aún bienes suficientes en su patrimonio para responder de sus deudas, esta conducta no puede ser alzamiento de bienes, ni aunque se haga en perjuicio de sus acreedores. La razón es sencilla, la satisfacción de estos no se ve afectada, ni tan siquiera se pone en peligro>>⁴⁹².

IV. 2- La insolvencia total y parcial.

La jurisprudencia⁴⁹³ y la doctrina⁴⁹⁴ españolas al definir el concepto de insolvencia en el ámbito penal han apuntado la posibilidad de que ésta sea total o parcial. Se trata de una clasificación que únicamente se realiza en España, pues en otros países como Italia o Portugal, en los que los delitos de insolvencia perviven desde hace décadas, no se menciona en ningún momento el posible carácter parcial de la insolvencia.

El contenido de este concepto habrá de buscarse por ello en la legislación, jurisprudencia y doctrina españolas. Los términos <<total>> y <<parcial>> tienen su origen en la redacción que el Código de Comercio de 1885. En el art. 890 de esta norma mercantil, referente al concepto de quiebra fraudulenta, se decía que una de las causas para apreciar esta institución era el hecho de que el deudor se alzase con todo o parte de sus bienes⁴⁹⁵. A partir de la legislación mercantil citada se viene discutiendo por parte de la doctrina si es posible entender que en el Derecho penal también tiene relevancia la insolvencia parcial. Ante todo debe aclararse el significado de estos dos términos objeto de estudio. Teniendo presente lo dicho respecto del tenor literal del Código de Comercio, la insolvencia total implica la realización por

⁴⁹¹ Vid. **JORGE BARREIRO, A.**, “El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos”, en *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003, p. 204 o **SOTO NIETO, F.**, “Alzamiento de bienes. Aspectos varios de su dinámica delictiva”, en *La Ley*, nº 4, 2002, p. 1778.

⁴⁹² Cfr. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 122.

⁴⁹³ Vid. la STS de 18 de octubre de 2002 acerca de la doctrina general sobre el delito de alzamiento de bienes.

⁴⁹⁴ Vid. **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., p. 549, **MAGRO SERVET, V.**, “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, cit., p. 212 o **SOTO NIETO, F.**, “Alzamiento de bienes. Aspectos varios de su dinámica delictiva”, cit., p. 1777.

⁴⁹⁵ Actualmente esta redacción sigue manteniéndose en el art 164 de la Ley Concursal.

parte del deudor de actos de disposición o generadores de obligaciones que imposibilitan encontrar bien alguno en su patrimonio. Por su parte, la insolvencia parcial presupone que el deudor a pesar de haber realizado actos de disposición o generadores de obligaciones no se ha desprendido de todo su patrimonio sino que es posible encontrar todavía bienes. Los bienes que restan en el acervo patrimonial del deudor son, sin embargo, insuficientes para cubrir el total de sus deudas.

Esta cuestión ha sido ampliamente estudiada por MUÑOZ CONDE, para quien respecto del delito de alzamiento de bienes pueden y deben hacerse diferencias entre los casos en que la deuda tiene carácter pecuniario y cuando se trata de una obligación de entregar cosa determinada y cierta.

En el caso de que las obligaciones tengan carácter pecuniario y el deudor realice actos de disposición sobre parte de sus bienes pero quedando patrimonio suficiente para cubrir el importe de sus deudas, el alzamiento parcial no provoca realmente la insolvencia ya que el intento de cobro de los acreedores será exitoso. Si por el contrario, el patrimonio es incapaz de responder de las obligaciones existentes o sólo lo es parcialmente entonces sí que cabe apreciar el delito. Literalmente expone el citado autor que <<el deudor puede haber enajenado parte de sus bienes, en la intención de perjudicar al acreedor, quedando el patrimonio restante en situación de incapacidad para cubrir el importe total de las deudas. Se produce en este supuesto un caso de insolvencia parcial que puede causar un perjuicio, aunque sólo sea parcial, al acreedor>>⁴⁹⁶. En conclusión, a juicio de MUÑOZ CONDE, en el caso de que lo que se haya contraído por el deudor sean deudas pecuniarias, el delito de alzamiento puede consumarse si lo que se provoca es la insolvencia parcial.

Sin embargo, cuando se trata de una obligación de dar cosa determinada la solución es diferente. Si al enajenar la cosa cierta no quedase patrimonio suficiente para el pago de la deuda sí se aprecia el delito. Por contrapartida, sí se produce la enajenación pero existen otros bienes sobre los que resarcir la obligación, no habría razón para castigar penalmente el acto de disposición. En este último supuesto no se pone en peligro o lesiona el derecho de satisfacción del acreedor⁴⁹⁷.

No obstante lo dicho por el mencionado autor, hacer diferencias entre la insolvencia total o parcial nada soluciona realmente sino que, bien al

⁴⁹⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 126.

⁴⁹⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 126 y 127.

contrario, lleva aparejado cierto peligro de confusión⁴⁹⁸. Cuando MUÑOZ CONDE explica su concepto de insolvencia total o parcial está haciendo referencia a lo que ya se contiene en los conceptos de insolvencia provisional y definitiva. Es decir, está claro que el deudor puede hacer disposición de todos o sólo de parte de sus bienes y ello puede provocar la dualidad de situaciones, esto es, que se convierta en insolvente definitivamente o provisionalmente.

En conclusión, y como afirman VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC⁴⁹⁹, hablar de insolvencia parcial presupone una *contradictio in terminis*, ya que el deudor o bien puede hacer frente a sus deudas con su patrimonio y entonces no hay insolvencia, o bien no puede, y entonces sí la hay. Así planteada la cuestión, cuando el patrimonio del deudor sea insuficiente para hacer frente a las deudas vencidas el deudor es insolvente aunque pueda hacer frente a alguna de ellas⁵⁰⁰. Insolvencia equivale entonces a la inexistencia de bienes suficientes en el patrimonio del deudor para hacer frente a sus deudas⁵⁰¹.

De esta forma lo entendió la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 17 de abril de 2000. En el caso concreto, la recurrente, deudora de una indemnización por despido de una empleada, realizó una donación de su casa a su hija, aunque manteniendo el derecho de usufructo. La Audiencia

⁴⁹⁸ De este mismo parecer puede verse **BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1993, p. 213. También **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 162.

⁴⁹⁹ Cfr. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 15. De esta misma opinión **FARALDO CABANA, P.**, “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal”, cit., p. 287.

⁵⁰⁰ Cfr. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 140. De este mismo parecer **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 11, quien sostiene que la insolvencia no admite graduación. Asimismo **PAREDES CASTAÑÓN, J-M.**, “Lo subjetivo y lo objetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes”, en *El nuevo Código Penal: Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona 2001, p. 1632, **MORENO VERDEJO, J.**, en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, cit., p. 1273, **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Consideraciones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 454. En la doctrina italiana puede verse **PAJARDI, P./ FORMAGGIA TERNI DE'GREGORJ, I.**, *I reati fallimentari. La responsabilità penali dell' imprenditore nelle procedure di crisi*, cit., p. 25, quienes entienden que poco importa que el impago sea total o frente a uno o varios acreedores. Es más, en la doctrina italiana no se habla ya de insolvencia total o parcial.

⁵⁰¹ Vid. **MESTRE DELGADO, E.**, “Un nuevo marco de referencia para las insolvencias punibles”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 3, marzo 2004, p. 4.

de Barcelona, entendiendo que el derecho de usufructo está dotado de valor económico y, sobre todo, basándose en que la deudora contaba con activos suficientes en su patrimonio para hacer frente a la deuda, consideró que no concurrían en el caso todos los elementos del delito de alzamiento de bienes. Claramente se pronuncia sobre ello el Tribunal cuando dice que <<no puede mantenerse que la recurrente con sus actos de alzamiento parcial -que no se niegan- se hubiera colocado en situación de insolvencia respecto de su acreedora>>. Y añade que <<si bien sustrajo de una posible afectación al pago de la indemnización (...) la vivienda perteneciente a la sociedad de gananciales, mantuvo en su esfera de dominio bienes de contenido patrimonial suficientes para hacer frente a sus obligaciones respecto de la asalariada acreedora y, por tanto, si bien había parcialmente vaciado su patrimonio, continuaba siendo solvente para atender al pago de la obligación que le alcanzaba>>.

CAPÍTULO CUARTO

EL TIPO BÁSICO DEL ALZAMIENTO DE BIENES.

I. Concepto y requisitos del delito de alzamiento de bienes.

El art. 257. 1. 1º del CP constituye el tipo básico de los delitos de alzamiento de bienes y se configura como el género de los restantes tipos específicos de alzamiento de bienes⁵⁰². Según el tenor literal del citado artículo, el Código Penal sanciona a todo aquel <<que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores>>. Lo que se castiga por tanto es la acción de alzarse con los bienes.

Si se realiza un recorrido por la historia del delito de alzamiento de bienes desde sus orígenes hasta la actualidad, se podrá comprobar cómo dicho término ha sido identificado con diferentes realidades. En un primer momento <<alzarse>> hacía referencia a la fuga material del deudor con el objeto de evitar el pago de sus deudas. Posteriormente, y por exigencias sociales, dicho significado se amplía y pasa a encuadrarse bajo este término toda acción de ocultación, enajenación y, en algunos supuestos, de destrucción de los bienes propios de un deudor destinada a eludir el pago de los créditos a los acreedores⁵⁰³. Debido a que el tipo exige que el deudor provoque dolosamente su insolvencia como consecuencia de los mencionados actos de ocultación, enajenación o destrucción, la doctrina ha entendido que el término

⁵⁰² Vid. por todos **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 18.

⁵⁰³ Vid. esta definición en **MOLINER., M.**, *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid 1999, p. 153. También en la doctrina penal especializada pueden verse **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 18, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., pp. 77.

alzarse puede traducirse por insolventarse⁵⁰⁴. En este sentido, alzarse es sinónimo de insolventarse.

Si bien esta es la opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia es posible encontrar posiciones contrarias. En este sentido, ALONSO entiende que a pesar de que los delitos de alzamiento de bienes se han tipificado por el legislador en el Capítulo VII dedicado a las insolvencias punibles tal denominación no sería acertada. A su juicio, el tipo de alzamiento de bienes es un delito que no tiene por qué suponer en la práctica ninguna clase insolvencia, sino que es un delito de mera actividad, que se produce cuando el deudor oculta sus bienes en perjuicio de sus acreedores⁵⁰⁵. Así las cosas, bastaría para cometer el delito la ocultación de los bienes por parte de un deudor que actúe movido por el ánimo de defraudar a sus acreedores. En palabras del propio autor <<no es necesario para que exista delito que los créditos de los acreedores resulten frustrados definitivamente, es decir, el delito se consuma con esa simple actuación con intención de defraudar>>. Por tanto, el resultado de insolvencia sería innecesario. Así también lo ha entendido el Tribunal Supremo en sentencias de 11 de noviembre de 1991 y 28 de febrero de 1992. Según el texto de este último fallo del Alto Tribunal, <<el delito de alzamiento de bienes no consiste (...) en un delito de insolvencia, toda vez que la insolvencia del autor no es un elemento necesario del tipo (...). Lo decisivo no es la enajenación de los bienes del patrimonio, sino la frustración -mediante insolvencia o no- de la ejecución de las pretensiones de los acreedores fundadas en obligaciones asumidas por el autor. La insolvencia, por lo tanto, sólo es una forma de aparición posible del alzamiento>>. Esta idea minoritariamente seguida es, no obstante, criticada por el sector doctrinal opuesto, que considera que esta tesis implica <<llevar demasiado lejos la punición penal>>⁵⁰⁶.

Como ha podido apreciarse se habla siempre y en todo momento de la provocación de la insolvencia por parte un deudor frente a sus acreedores. Así pues, sólo quienes ostenten la condición de deudores podrán ser sujetos activos idóneos para la comisión de los delitos de alzamiento de bienes. Se trata por tanto de tipos penales pertenecientes a la categoría de los delitos especiales⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Vid. por todos MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 114. En la jurisprudencia puede verse la SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2001 en la que se dice que el término <<alzarse>> equivale a <<insolventarse de modo y manera que se imposibiliten o dificulten en grado sumo las legítimas expectativas del acreedor o acreedores>>.

⁵⁰⁵ Vid. ALONSO, J.-M., "Las insolvencias punibles", en *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*, nº III, Expansión, Madrid 1999, pp. 307 y 309. Asimismo, REY GONZÁLEZ, C., "El delito de alzamiento de bienes en el Código Penal vigente", en *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 5, Madrid 1995, p. 767.

⁵⁰⁶ Vid. entre otros QUERALT JIMÉNEZ, J.-J., *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 704.

⁵⁰⁷ Vid. *infra*. el epígrafe VII de este Capítulo.

Al mismo tiempo, resulta evidente que si lo que se intenta evadir es el pago de una obligación debida, es inexcusable la existencia de una deuda. De no existir una obligación anterior al hecho de insolventarse será imposible sostener la consumación del delito. Sin deuda previa no hay crédito, ni deudor y acreedor, es decir, no puede hablarse de bien jurídico protegido, ni de sujetos activo y pasivo del delito⁵⁰⁸.

Lo que hasta ahora se ha expuesto no es sino una visión general de los elementos constitutivos del delito, los cuales pueden enumerarse gráficamente de la siguiente forma:

- la existencia de una relación obligacional.
- la realización de los actos constitutivos de alzamiento.
- la provocación dolosa de la insolvencia.

Respecto de la necesidad de la concurrencia de estos tres requisitos no se han suscitado importantes discrepancias en la doctrina y la jurisprudencia. Por el contrario, sí se discute sobre la necesidad o no de la causación del efectivo perjuicio al acreedor. Las posturas se dividen fundamentalmente en dos corrientes.

- quienes entienden que no es necesario el perjuicio, sino que basta con el ánimo de perjudicar al acreedor o el peligro de causar el perjuicio.
- quienes sostienen que se requiere la causación del perjuicio al acreedor.

Las consecuencias de optar por una u otra tesis no son intrascendentes. Dependiendo de la opinión de la que se participe, diferente será, entre otras cosas, el concepto del contenido del injusto que respecto del delito de alzamiento se sostenga, o incluso la noción de responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes que se asuma.

Si bien puede decirse que éstos son a grandes rasgos los aspectos más sobresalientes del delito de alzamiento de bienes, corresponde ahora analizarlos, poniendo de manifiesto las cuestiones más controvertidas respecto de cada uno de ellos y las diferencias más notables entre las diferentes tesis

⁵⁰⁸ Este fue precisamente el motivo por el cual el Tribunal Supremo absolvió a los acusados en sentencia de 18 de marzo de 2003 y 6 de julio de 2004.

que se han desarrollado en la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales de justicia.

II. Bien jurídico y contenido del injusto.

Respecto de la problemática que rodea a la cuestión del bien jurídico protegido en los delitos de alzamiento de bienes, ya se apuntó que la posición más seguida es aquella que considera que los tipos penales de insolvencia son delitos patrimoniales. Por tanto, se fija como interés jurídico protegido el derecho de los acreedores a la satisfacción de los créditos contraídos⁵⁰⁹. A efectos de este epígrafe basta recordar esta afirmación, pues lo que se pretende abordar como contenido novedoso en este epígrafe es el modo en que la conducta constitutiva de delito de alzamiento de bienes afecta a dicho bien jurídico, es decir, si se trata de delitos de peligro o de lesión.

En esta línea, los interrogantes que corresponde ahora plantearse son los siguientes: ¿la conducta de alzamiento de bienes sanciona la puesta en peligro del bien jurídico o exige algo más?, ¿la lesión del derecho de crédito es irrelevante a efectos de la comisión del delito o, contrariamente, se exige como elemento objetivo del tipo? Como podrá comprobarse a lo largo de los apartados que siguen, la respuesta a estas cuestiones y el punto de inflexión entre las diversas tesis viene determinado por la, a su vez, diferente interpretación que del término <<en perjuicio>> se efectúa por los partidarios adscritos a cada una de las teorías.

Son dos las posibles interpretaciones de dicho término. Una lectura del tipo en clave subjetivista -en la que basta el ánimo de perjudicar al acreedor- determinará la suficiencia de la puesta en peligro del bien jurídico para considerar penalmente típica la conducta del deudor. La interpretación contraria -basada en la exigencia efectiva del perjuicio- llevará implícita la necesidad de la lesión y el menoscabo del bien jurídico. Las conclusiones a las que se llega serán diametralmente opuestas según se entienda que el término <<en perjuicio>> identifica un específico ánimo del sujeto activo del delito o, contrariamente, un elemento objetivo del tipo. Partiendo de estas premisas, en los epígrafes que siguen se expondrán las opiniones de la doctrina y

⁵⁰⁹ Vid. *supra*. el epígrafe relativo a las consideraciones generales y los epígrafes II. 4 y III del Capítulo Segundo.

jurisprudencia al respecto, empezando por la tesis mayoritariamente seguida y finalizando por la orientación minoritaria.

II. 1- La tesis dominante: los delitos de alzamiento de bienes como delitos de peligro.

Los autores y la jurisprudencia que consideran que el bien jurídico protegido es el patrimonio del acreedor sostienen además que, a excepción del artículo 260 del CP⁵¹⁰, todos los delitos de insolvencia son, a la luz de la conducta descrita en los tipos, delitos de peligro para el bien jurídico -derecho de crédito-⁵¹¹.

La consecuencia directa de esta afirmación, y que a efectos de este epígrafe es lo que realmente interesa, es la correlativa consumación de los delitos de alzamiento de bienes con la mera puesta en peligro del bien jurídico. Conforme a esta tesis mayoritaria, bastaría el hecho de <<alzarse>> con los bienes para entender que se ha perfeccionado la conducta delictiva⁵¹². Según la opinión de MUÑOZ CONDE, <<alzarse>> con los bienes implica la ocultación de dichos bienes produciendo como resultado de dicha acción la

⁵¹⁰ A pesar de esta afirmación, es posible encontrar en la jurisprudencia sentencias que califican a este delito como un tipo penal de peligro. La razón es la innecesidad del perjuicio para la aplicación del delito. Vid. en la jurisprudencia la STS de 9 de noviembre de 2005 en la que expresamente se dice que <<el perjuicio sólo tiene relevancia a los meros efectos de la graduación de la pena>>.

⁵¹¹ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZALEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 30, GONZÁLEZ RUS, J-J., en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., p. 550 y DEL ROSAL BLASCO, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 21. Asimismo, ARICHE AXPE, P., “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 235. Puede verse además SEGRERA TIZÓN, J-M., *El Derecho concursal en el nuevo Código Penal*, cit., p. 75, MAZA MARTÍN, J-M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 290, SERRANO GONZÁLEZ DE MURRILLO, J-L., “Quiebra, concurso o suspensión de pagos mediante alzamiento de bienes”, cit., p. 655, SOTO NIETO, F., “Alzamiento de bienes. Aspectos varios de su dinámica delictiva”, cit., p. 1777, CERES MONTES, J-F., “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 283 o CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M., (Dirs), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 873, GONZÁLEZ PASTOR, C-P., “La insolvencia punible, modalidades previstas en el Código Penal de 1995, en la reforma del mismo y la incidencia en esta materia de la nueva Ley Concursal”, cit., p. 13. En la jurisprudencia puede verse la SAP de Cádiz de 25 de febrero de 2006, la SAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2005 o la SAP de Córdoba de 16 de febrero de 2005.

⁵¹² Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZALEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 30. Del mismo parecer GONZALEZ RUS, J-J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 168 o GÓMEZ PAVÓN, P., “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, cit., 48.

insolvencia. De ahí que, tal y como se dijo, para la doctrina mayoritaria el término <<alzarse>> sea sinónimo de <<insolventarse>>⁵¹³.

Aunque no todos los autores partidarios de esta tesis se inclinan expresamente por la calificación de los delitos de alzamiento como delitos de peligro, tal afirmación se deduce de las argumentaciones que utilizan en el análisis de la estructura de los tipos, el *iter criminis* y la consumación de los delitos de alzamiento. Tras un estudio de la doctrina y la jurisprudencia, se aprecia que el concepto clave manejado para definir el contenido del injusto en unos y otros delitos es aquel referido al efectivo perjuicio ocasionado a los acreedores suscriptores del crédito. La cuestión estriba en decidir si los delitos de los artículos 257. 1. 1º y 257. 1. 2º del CP requieren el efectivo perjuicio para su perfección o si, contrariamente, basta la concurrencia de un específico *animus* en el actuar del sujeto activo concretado en la intención de perjudicar.

Sobre esta cuestión la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias se muestran partidarias de no requerir la producción efectiva del perjuicio como elemento objetivo del tipo. Bastaría el peligro creado por la producción dolosa del estado de insolvencia por parte del sujeto activo para reputar como consumado el delito⁵¹⁴. Claramente expone DEL ROSAL BLASCO que <<lo que exige el tipo es la insolvencia y no necesariamente el perjuicio>>⁵¹⁵.

Para los seguidores de este planteamiento, el perjuicio es traducido en clave subjetivista como un <<ánimo de perjudicar>> o, lo que es lo mismo, como un <<elemento subjetivo del tipo o del injusto>> perfectamente

⁵¹³ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 114. Como expone el autor en su obra monográfica sobre los delitos de alzamiento de bienes, aunque inicialmente el hecho de alzarse iba referido a la ocultación y huida del deudor, actualmente su significado ha variado siendo definido como <<defraudar a un acreedor ocultando u enajenando para no responder por ellos>>. A la ocultación debe sumarse el resultado de la insolvencia, pues sin producirse esta situación el delito no se consuma. Por todo ello se entiende que la acción consiste en ocultar los bienes provocando la insolvencia y, en consecuencia, MUÑOZ CONDE equipara el término <<alzarse>> al de <<insolventarse>>. El término es suscrito entre otros por GONZÁLEZ RUS, J.-J., en *Derecho penal español. Parte Especial*. (2005), cit., p. 547. Vid. asimismo la definición del término en MOLINER, M., *Diccionario de uso del español*, cit., p. 154.

⁵¹⁴ Cfr. VIVES ANTÓN, T.-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 30. También CERES MONTES, J.-F., “La insolvencia punible”, cit., p. 1183, MESTRE DELGADO, E., en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, LAMARCA PÉREZ, C., (Coord.), Colex, Madrid 2005, p. 321 o GONZÁLEZ RUS, J.-J., en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., p. 549. En la jurisprudencia puede verse la STS de 27 de noviembre de 2002 o la SAP de Vizcaya de 11 de julio de 2001.

⁵¹⁵ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., pp. 21 y 25.

diferenciado del dolo⁵¹⁶. Y, aunque como proponen algunos autores en la doctrina comparada⁵¹⁷, este hecho no esté suficientemente fundado desde la perspectiva de la política criminal, el deudor debe actuar movido por la intención específica de perjudicar a sus acreedores⁵¹⁸ -ánimo de defraudar-. Sin embargo, deviene indiferente para la consumación del tipo que el perjuicio específicamente buscado llegue a materializarse realmente. Tanta importancia se le otorga al elemento subjetivo que RODRIGUEZ MOURULLO llega a afirmar que <<la intención de frustrar el derecho de los acreedores constituye el nervio de la infracción y el elemento sobre el que pivota la gravedad del comportamiento>>⁵¹⁹.

Todo lo expuesto se resume en que para la consumación del delito se exige que el sujeto activo actúe con el conocimiento de que los bienes que se sustraen al flujo patrimonial propio deberían mantenerse en el mismo para hacer frente a las deudas contraídas⁵²⁰ con la intención, añadida y específica, de perjudicar al acreedor⁵²¹. Así planteado, se afirma que el perjuicio se revela como agotamiento del delito y no como resultado material⁵²². En

⁵¹⁶ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 135 y ss, **SOTO NIETO, F.**, “Alzamiento de bienes. Aspectos varios de su dinámica delictiva”, cit., p. 1777, **QUERALT JIMÉNEZ, J-J.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 705, **ROBLEDO VILLAR, A.**, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 247, **CERES MONTES, J-F.**, “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 283 o **GÓMEZ LANZ, J.**, *La interpretación de la expresión <<en perjuicio de>> en el Código Penal*, Dykinson, Madrid 2006, p. 346. Ha de señalarse, que autores como CABALLERO BRUN también exigen la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo. No obstante, a pesar de coincidir en ello con la doctrina mayoritaria, discrepa respecto al contenido de ese ánimo específico. Así, partiendo de la base de que para el citado autor el bien jurídico protegido común a todos los delitos de alzamiento de bienes es el proceso de ejecución y, consecuentemente, la Administración de Justicia, el elemento adicional al dolo preceptivo sería <<la intención de perjudicar el proceso de ejecución>>. Vid. **CABALLERO BRUN, F.**, *Una nueva dogmática para las insolvencias punibles*, cit., p. 273.

⁵¹⁷ Vid. **CAEIRO, P.**, “Crimes contra o patrimonio”, cit., p. 423. Aunque el autor, basándose en la letra de la ley, admite la necesidad de que concurra tal elemento, considera adecuada la supresión que de este requisito han efectuado otros legisladores penales como el alemán.

⁵¹⁸ Cfr. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 67. Igualmente **BENEYTEZ MERINO, L.**, en *Curso de Derecho Penal Económico*, cit., p. 239 o **RAMOS RUBIO, C.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., p. 33.

⁵¹⁹ Cfr. **RODRÍGUEZ MOURULLO, G.**, “Acerca de las insolvencias punibles”, cit., p. 1160.

⁵²⁰ Cfr. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 296.

⁵²¹ Vid. **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), p. 549 o **QUINTERO OLIVARES, G.**, *El alzamiento de bienes*, cit., p. 115.

⁵²² Vid. **JORGE BARREIRO, A.**, “El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos”, cit., p. 202, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de insolvencia punible del art. 260 Cp a la luz del nuevo*

consecuencia, la consumación se ha anticipado al momento anterior en el que se ha provocado la insolvencia mediante los actos de disposición que el deudor ha realizado sobre sus propios bienes⁵²³. La base de esta argumentación radica en la idea de que la autoprovocación de la insolvencia presupone un peligro para el bien jurídico de tal intensidad que permite anticipar las barreras punitivas al momento anterior a la lesión del bien jurídico.

En definitiva y en líneas generales, para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, se trata de delitos cuya estructura exige⁵²⁴:

Derecho concursal, cit., p. 155, **SÁNCHEZ MELGAR, J., (Coord)**, *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Sepín Editorial jurídica, Madrid 2004, p. 1408, **RAMOS RUBIO, C.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., p. 34, **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, en *Comentarios al Código Penal*, ARROYO ZAPATERO, L./ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ FERRÉ OLIVÉ, J-C./ GARCÍA RIBAS, N./ SERRANO PIEDECASAS, J-R./ TERRADILLOS BASOCO, J-M., (Dir), Iustel, Madrid 2007, p. 257, **RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Coord)**, *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid 2007, p. 651 o **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A., (Dir)**, *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 608. En la jurisprudencia puede verse esta tendencia en la STS de 27 de diciembre de 2007, la STS de 15 de junio de 2005, la STS de 10 de junio de 1999 o STS de 12 de febrero de 1993. Asimismo en la jurisprudencia de los tribunales menores puede verse la STSJ de Cataluña de 3 de enero de 2005, la SAP de A Coruña de 9 de noviembre de 2007, la SAP de Segovia de 11 de septiembre de 2007, la SAP de Cuenca de 27 de junio de 2007, la SAP de Cáceres de 6 de marzo de 2002 o la SAP de Castellón de 24 de mayo de 1999.

⁵²³ Vid. **QUINTERO OLIVARES, G.**, *El alzamiento de bienes*, cit., p. 110. En la misma línea **GONZALEZ RUS, J-J.**, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 168.

⁵²⁴ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZALEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 21 o **ROBLEDO VILLAR, A.**, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 243. En la jurisprudencia pueden verse sentencias que, como la STS de 5 de julio de 2005, se expresan en términos confusos. El Alto Tribunal parece acuñar la tradicional doctrina que exige los cuatro requisitos en texto apuntados y, sin embargo, a renglón seguido especifica que es necesario que se origine un perjuicio a los acreedores. Así las cosas, lo que el Tribunal no aclara es lo que entiende por perjuicio, es decir, si se trata de un elemento del tipo que debe comprobarse para determinar la consumación del delito o si pertenece a la fase de agotamiento de éste. No parece lógico afirmar en el mismo párrafo la suficiencia de la insolvencia fraudulentamente causada para consumir el delito e, inmediatamente después, requerir tajantemente la causación del perjuicio. En esta misma sentencia se califica al delito de alzamiento como delito de mera actividad, lo que a su vez entra en contradicción con la exigencia de la insolvencia y del perjuicio. Por un lado, la producción y constatación de la insolvencia es ya un resultado material del tipo. Por el otro, si el Tribunal realmente requiere la causación del perjuicio está exigiendo la consecución de un resultado, por lo tanto se trataría de un delito de resultado y no de mera actividad. Con todo, teniendo presente la doctrina seguida por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, lo más probable es que el perjuicio del que se habla se conciba como la fase de agotamiento del delito y no como su consumación. Ahora bien, más allá de las interpretaciones que quieran hacerse, la única conclusión cierta es que los términos en que la sentencia ha sido redactada son poco claros. Asimismo, en la jurisprudencia de los tribunales menores puede verse la SAP de Asturias de 21 de febrero de 2006.

- existencia de una deuda.
- actividad del deudor consistente en cualquier forma de ocultación o destrucción de sus bienes.
- situación de insolvencia como consecuencia de la ocultación o destrucción de los bienes.
- intención de perjudicar a los acreedores.

Este esquema es aplicable a las diferentes modalidades de alzamiento de bienes, presentándose como particularidades el hecho de que en los artículos 257. 1. 2º y 258 del CP se exija que la conducta se realice en un escenario específico, esto es, en el seno de un procedimiento ejecutivo o en el marco de un proceso penal del que se derive la obligación de pago de responsabilidades civiles <<ex delicto>>. El elemento decisivo será que el deudor oriente el acto de disposición al impago del crédito o a la frustración del proceso ejecutivo⁵²⁵ y ello independientemente de que se consiga el objetivo apuntado.

De todo lo expuesto se deduce que la producción de la insolvencia presupone, según la opinión mayoritaria, la creación de un riesgo para la satisfacción de los créditos, que no la lesión al bien jurídico⁵²⁶. En consecuencia, de llegar a constatarse, la lesión sería un estadio posterior que se revelaría con el efectivo impago de la deuda y, por tanto, supondría alcanzar el fin último perseguido por el deudor, esto es, frustrar las pretensiones de cobro de los acreedores⁵²⁷. Se trata pues de una tesis que maneja tres conceptos diferentes, a saber, la insolvencia, el ánimo de perjudicar y el efectivo perjuicio. Únicamente son indispensables los dos primeros para el encaje de la conducta en los tipos de alzamiento.

Para MUÑOZ CONDE, partidario de esta tesis mayoritaria, la razón principal que diferencia a los tipos de alzamiento de bienes del delito del art. 260 del CP es el hecho de que los primeros no se castigan en función de la cuantía del perjuicio sino que, por el contrario, se prevé una pena unitaria independiente en su graduación de la entidad del perjuicio ocasionado⁵²⁸. El

⁵²⁵ Cfr. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, “Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 10 de junio de 1999”, cit., marg. 205.

⁵²⁶ Cfr. **GÓMEZ PAVÓN, P.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, cit., p. 49.

⁵²⁷ Vid. **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 16.

⁵²⁸ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 465.

hecho de que en los delitos de alzamiento de bienes se omita por el legislador dicho criterio, apoya la lectura en negativo de que el perjuicio no es requerido. Así pues, si el legislador hubiese querido que el perjuicio determinara la consumación del delito lo habría incluido como un elemento objetivo del tipo, a semejanza de lo que sucede con el delito concursal antes mencionado.

No obstante, esta argumentación, que en principio parece lógica, nada aporta para fijar el contenido del injusto, al menos respecto de los tipos de alzamiento de bienes y de los restantes delitos concursales. Así, aunque efectivamente sea en sede del art. 260 del CP donde se establezca expresamente el perjuicio como forma de graduar la pena⁵²⁹, nada impide que este criterio se aplique también al resto de delitos de insolvencia cuando el juez lo aprecie adecuado.

Con todo, lo que sí se puede llegar a admitir es que la previsión incluida por el legislador en el art. 260 puede servir a la tesis de que este delito de insolvencia describe un delito de lesión; sin embargo, no prejuzga que las restantes figuras de insolvencia deban ser caracterizadas como delitos de peligro. Es más, incluso debe decirse que no todos los delitos de lesión deben guiarse obligatoriamente por las cuantías⁵³⁰. Es posible encontrar en el ordenamiento jurídico penal delitos de lesión con pena única, tal es el caso del art. 251 referido a una de las modalidades de estafa⁵³¹.

Por todo ello, se trata de un razonamiento poco consistente para sostener una concepción del contenido del injusto que puede llevar aparejadas consecuencias tan importantes como la posibilidad de la operatividad del desistimiento⁵³² o la tentativa⁵³³. Parece adecuado entender entonces que el legislador simplemente pretendió establecer expresamente el criterio de

⁵²⁹ Vid. **SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J-L.**, “Quiebra, concurso o suspensión de pagos mediante el alzamiento de bienes”, cit., p. 656.

⁵³⁰ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 800.

⁵³¹ La pena prevista para este delito oscila entre el año y los cuatro años de prisión y nada se prevé respecto del perjuicio como criterio de modulación de la misma.

⁵³² Vid. **RUIZ MARCO, F.**, *La tutela penal del crédito*, cit., p. 154. Como expone el autor <<el Derecho penal no puede sustraerse a la eventualidad de que, por los medios que sean: el simple arrepentimiento, el azar, etc., llegado el vencimiento, el deudor pague y evite el perjuicio para el acreedor y para la sociedad>>. En el mismo sentido verse a **VILADAS JENÉ, C.**, *Los delitos de quiebra. Realidad jurídica y norma penal*, Bosch, Barcelona 1982, p. 50, cuando dice <<si el acreedor cobra no hay perturbación del orden jurídico y, por tanto, nada hay que restablecer o proteger>>.

⁵³³ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p.62 y **NAVARRO, G-R.**, *Insolvencia Fraudulenta*, cit., p. 51.

modulación de la pena para el delito del art. 260 del CP, pero tal decisión en nada afecta al contenido del injusto de los demás delitos integrantes de la familia delictiva de las insolvencias punibles.

En coherencia con lo expuesto, debe resaltarse que los partidarios, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de esta tesis parten de la premisa de que estos delitos pueden perfeccionarse independientemente de que las deudas asumidas previamente sean exigibles, líquidas y estén vencidas⁵³⁴. Tal y como se pronunció en su momento el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de marzo de 2002, << puede ocurrir que cuando la ocultación se produce, los créditos no fueran vencidos o fueran ilíquidos, y, por ende, aún no exigibles, pero ello no impide que, ante la perspectiva de una deuda ya nacida pero aún no ejercitante, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes >>⁵³⁵. Por su parte y participando de esta visión, OCAÑA RODRÍGUEZ matiza que en el caso de que los créditos se hallen vencidos en el momento en el que se lleva a cabo el acto fraudulento por parte del deudor entonces sí se puede decir que se ha causado el perjuicio al acreedor⁵³⁶. El citado autor, sin embargo, no considera exigible como elemento del tipo el perjuicio económico para la consumación del delito. Basta entonces que el acto fraudulento ponga en peligro la garantía patrimonial del art. 1.911 del C.c y que concurra el elemento subjetivo del tipo⁵³⁷.

Por todo ello, y a tenor de la línea doctrinal y jurisprudencial dominante, será posible encontrar supuestos de consumación del delito con independencia de que el acreedor se encuentre legalmente en posición de reclamar la deuda y por tanto en un momento anterior a la constatación del impago. En este sentido, GONZÁLEZ RUS apunta que la secuencia

⁵³⁴ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J.-M.**, “Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 10 de junio de 1999”, marg. 205. En este mismo sentido véase **BENEYTEZ MERINO, L.**, en *Curso de Derecho Penal Económico*, cit., p. 175, **MAGRO SERVET, V.**, “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, cit., pp. 215 y 230, **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit. p. 230, **CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M.**, (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 868, **YÁÑEZ VELASCO, R.**, *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., p. 166 o **ALONSO, J.-M.**, “Las insolvencias punibles”, cit., p. 309.

⁵³⁵ Exactamente igual se pronunciaba ya el Alto Tribunal en sentencia de 26 de febrero de 1990 aplicando el Código derogado de 1944/1973.

⁵³⁶ Vid. **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de insolvencia punible del art. 260 Cp a la luz del nuevo Derecho concursal*, cit., p. 155.

⁵³⁷ Vid. **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de insolvencia punible del art. 260 Cp a la luz del nuevo Derecho concursal*, cit., p. 160.

temporal propia de los elementos integrantes del delito sería tanto la de <<obligación - vencimiento - ocultación>> como la de <<obligación - ocultación - vencimiento>>⁵³⁸.

Entendido en esta forma, podría llegar a producirse una situación en la cual el incumplimiento de la obligación contraída nunca llegase a producirse, por ser ésta pagada a su vencimiento. Por tanto, aunque no se hubiese generado perjuicio alguno al acreedor, el delito debería considerarse consumado. Siguiendo este planteamiento, sería posible sancionar la conducta del deudor aun cuando no hubiese incumplimiento de la obligación⁵³⁹ y, por tanto, aun cuando el derecho de satisfacción de los acreedores se hubiese realizado. Así las cosas, bastaría para considerar perfeccionado el delito con que se frustrasen créditos reales y existentes aunque éstos no fuesen inmediatamente exigibles y ejercitables⁵⁴⁰. Cabe entender pues que el bien jurídico protegido -derecho de crédito del acreedor- resulta protegido y tutelado penalmente de forma extremadamente contundente previéndose la anticipación de las barreras punitivas a un momento anterior al de la comprobación del perjuicio. Bastaría entonces la simple amenaza o lo que es lo mismo, la mera posibilidad de un eventual incumplimiento para entender el delito consumado, de forma que el peligro penalmente relevante surgiría en el momento de la producción del estado de insolvencia⁵⁴¹. Ha de advertirse ya, si bien en ello se profundizará más adelante, que esta configuración del *iter criminis* del delito de alzamiento de bienes genera importantes problemas en lo que se refiere al desistimiento⁵⁴². En este sentido, el adelantamiento mencionado de las barreras punitivas impide la operatividad del desistimiento, lo cual ni es necesario, ni aconsejable.

⁵³⁸ Cfr. **GONZÁLEZ RUS, J.-J.**, en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., p. 548. El autor descarta la secuencia temporal <<ocultación - obligación - vencimiento>> por tratarse de una conducta constitutiva de un delito de estafa.

⁵³⁹ Vid. **RUIZ MARCO, F.**, *La tutela penal del crédito*, cit., p. 348. A su juicio, el hecho de sancionar estas conductas supone vulnerar el límite esencial del incumplimiento de la obligación. Si el deudor cumple con lo pactado, los actos anteriores pueden lesionar o poner en peligro otros bienes jurídicos, pero no el derecho de crédito. Sin incumplimiento no puede justificarse, desde el punto de vista de la política criminal, la intervención del Derecho penal.

⁵⁴⁰ Cfr. **TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 141, **VAELLO ESQUERDO, E.**, “Consideraciones en torno al alzamiento de bienes”, cit., marg. 480 y **SOTO NIETO, F.**, “Alzamiento de bienes. Aspectos varios de su dinámica delictiva”, cit., p. 1778.

⁵⁴¹ Cfr. **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 21.

⁵⁴² Vid. *infra*. el epígrafe XI.2 de este Capítulo Cuarto.

Los autores que participan de esta visión argumentan además que el dictado literal del delito del art. 257. 1. 2º del CP aclara por sí mismo esta cuestión⁵⁴³. En este sentido, el citado artículo se refiere al actuar <<con el mismo fin>>. En este caso, y atendiendo a la interpretación gramatical, se sostiene por el sector doctrinal dominante que claramente se está haciendo referencia a una específica intención que debe mover al deudor en su conducta de ocultación⁵⁴⁴. Así, si bien en línea de principio podría discutirse si en el tipo básico de alzamiento de bienes se incorpora con el término <<en perjuicio>> un elemento subjetivo del tipo o no, tras la lectura del art. 257. 1. 2º quedaría claro que la respuesta debe ser afirmativa puesto que actuar con el mismo fin equivale a actuar <<con el mismo fin de perjudicar>>. Concluye así el sector mayoritario que se trata inequívocamente de una finalidad subjetiva perseguida por el sujeto activo y, por tanto, de un elemento subjetivo del tipo⁵⁴⁵.

Por otro lado, merece ser destacada la tesis propuesta por NIETO MARTÍN, para quien también existe un elemento subjetivo del tipo pero con una lectura diferente. Entiende este autor que el sujeto que se alza con sus bienes debe actuar con ánimo de lucro, pues el deudor lo que realmente pretende es quedarse con el bien⁵⁴⁶. Precisamente esta es, a su juicio, la razón que justifica que el delito de alzamiento de bienes se configure frente al delito del art. 260 del CP como un delito de peligro. El alzamiento de bienes se caracterizaría por ser un delito de enriquecimiento en el cual, por el hecho de exigir que el sujeto activo pretenda quedarse con el bien, se apreciaría un mayor desvalor de la acción y por ello, frente al delito de lesión del art. 260, no se requeriría la causación del perjuicio. En definitiva, el menor desvalor del resultado se vería así compensado con un mayor desvalor de la acción⁵⁴⁷.

⁵⁴³ Vid. GÓMEZ LANZ, J., *La interpretación de la expresión <<en perjuicio de>> en el Código Penal*, cit., p. 346.

⁵⁴⁴ Vid. MESTRE DELGADO, E., en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 323 o REY GONZÁLEZ, C., “El delito de alzamiento de bienes en el Código Penal vigente”, cit., p. 764.

⁵⁴⁵ En contra de este argumento puede verse *infra*. el epígrafe II. 3- b) de este Capítulo Cuarto y el epígrafe II. 4 del Capítulo Quinto.

⁵⁴⁶ Vid. NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 778. En esta misma línea se sitúa RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., p. 343, para quien <<Nadie, salvo casos patológicos, está interesado específicamente en perjudicar al acreedor. Por el contrario, forma parte de la naturaleza de las cosas que la persona se sienta inclinada a salvaguardar su patrimonio>>.

⁵⁴⁷ Vid. NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 778.

Si bien el razonamiento dado por NIETO MARTÍN no es en línea de principio ilógico, lo cierto es que su interpretación sobrepasa claramente los límites del art. 257. 1. 1º del CP⁵⁴⁸. Posiblemente y desde el punto de vista criminológico, en la práctica cuando el deudor se alza con sus bienes, actúa normalmente movido por la intención de quedarse con los bienes ocultados, sin embargo, de *lege lata*, tal requisito no aparece integrado en el tipo⁵⁴⁹.

Si en principio la doctrina mayoritaria coincide en la premisa básica de que los delitos de alzamiento de bienes son tipos penales de peligro, no es así respecto de su clasificación como delitos de peligro concreto o abstracto. Para VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC o QUERALT JIMÉNEZ se trataría de delitos de peligro concreto. Esta opción se justificaría por el hecho de que se exija para su consumación el estado de insolvencia mediante el cual es posible verificar el peligro⁵⁵⁰. Para QUINTERO OLIVARES se trataría, por el contrario, de un delito de peligro abstracto⁵⁵¹.

La crítica que desde la doctrina se opone a esta última posición gira en torno a la idea de que tal configuración constituye un adelantamiento excesivo de las barreras punitivas y comporta además la consecuencia de aceptar que el peligro es inherente a la misma acción de ocultación sin ulteriores requerimientos. Se llegaría pues a casos de sanción de la conducta por alzamiento aun no existiendo un riesgo cierto y real para el derecho de crédito de los acreedores⁵⁵².

Por su parte, GARCÍA SÁNCHEZ afirma que los delitos de alzamiento de bienes son delitos socioeconómicos, de peligro abstracto y de

⁵⁴⁸ Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit. p. 307.

⁵⁴⁹ La idea de que el deudor se alza con sus bienes responde a la intención de quedarse con los bienes ya ha sido planteada por varios autores en la doctrina. Ahora bien, en ningún momento han optado por entender que se trata de un elemento subjetivo del tipo sino que se trata de una forma de explicar el sentido de la conducta típica y el porqué de la ocultación. Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 15. También RUIZ MARCO, F., *La protección penal del crédito*, cit., pp. 342 y 343 o GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 308.

⁵⁵⁰ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZALEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 33 y 114 o QUERALT JIMÉNEZ, J-J., *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 700. En la jurisprudencia puede verse la STS de 22 de octubre de 1990.

⁵⁵¹ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 57.

⁵⁵² Vid. GONZALEZ CUSSAC, J-L., “Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003”, cit., p. 654.

tendencia interna intensificada⁵⁵³. El citado autor no niega que el deudor pueda actuar movido por el ánimo de perjudicar al acreedor pero, en su opinión, la doctrina le ha otorgado un significado que realmente no tiene⁵⁵⁴. Así, y teniendo presente que se trata de delitos socioeconómicos, entiende que para esta clase de delitos <<es preferible optar por la transformación de la naturaleza subjetiva de estos elementos en objetiva, de tal forma que representen de por sí un peligro o una situación clara de lesión del interés o valor jurídicamente tutelado>>⁵⁵⁵. Asimismo, sostiene el autor que la técnica más apropiada para tipificar un delito socioeconómico es la de los delitos de peligro abstracto y, en el caso concreto, al protegerse el interés social del patrimonio⁵⁵⁶, se revela como la técnica más efectiva para proteger el bienestar económico de la colectividad. De esta forma considerado, el peligro sería la causa principal por la que el legislador ha optado finalmente por la tipificación de esta clase de conductas que, desde una perspectiva colectiva, encerraría intrínsecamente un alto grado de peligrosidad social⁵⁵⁷.

Por su parte, TERRADILLOS BASOCO opina que lo se requiere es que el alzamiento sea <<idóneo para perjudicar>> siempre que la situación de riesgo a que se ven expuestos los créditos por causa de la conducta del deudor sea abarcada por el dolo del autor⁵⁵⁸. Teniendo en cuenta la forma en que se pronuncia, y aunque el citado autor no llega a calificar expresamente el delito de alzamiento como un tipo penal de peligro abstracto de aptitud, todo apunta a entender que así es como lo concibe. De esta forma planteado, TERRADILLOS BASOCO no llega a exigir la constatación del perjuicio pero al menos sí la aptitud de la conducta para causarlo.

⁵⁵³ Vid. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 308 y 318.

⁵⁵⁴ Vid. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 309

⁵⁵⁵ Cfr. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 310.

⁵⁵⁶ Vid. *supra*. el epígrafe II. 1-c) del Capítulo Segundo sobre su concepción del bien jurídico protegido.

⁵⁵⁷ Cfr. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 311.

⁵⁵⁸ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, “Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 10 de junio de 1999”, cit., marg. 208.

II. 2- Crítica a la tesis dominante.

Diversas son las razones que aconsejan dar un nuevo enfoque a la interpretación de los delitos alzamiento de bienes. Como se expone a continuación, la opción mayoritaria presenta una serie de inconvenientes en absoluto desdeñables y que deben ser analizados.

En primer lugar, existen razones de política criminal que sugieren no seguir la tesis dominante. Así, configurar la conducta tal y como propone la doctrina mayoritaria implica una hipervaloración del derecho de crédito y un adelantamiento injustificado de las barreras punitivas. Como señala RUIZ MARCO <<extender la tutela penal del derecho a la satisfacción del crédito en el patrimonio del deudor, a los que están todavía pendientes de vencimiento, comporta una ampliación desmesurada de los perfiles del bien jurídico>>⁵⁵⁹. Configurar el delito de alzamiento de bienes como tipo de peligro -concreto o abstracto- equivaldría a tipificar un <<alzamiento a prevención>>⁵⁶⁰ y no respetar el principio de intervención mínima que rige en el Derecho penal.

A este respecto debe aclararse que una cosa es que por razones de oportunidad el deudor se adelante a la exigibilidad del crédito para realizar los actos fraudulentos, y otra que dicho adelantamiento merezca una sanción penal. Es cierto que, como dice la SAP de Madrid de 24 de julio de 2002, <<es precisamente el temor a que llegue el momento del cumplimiento de la deuda, lo que induce, en pura lógica, al deudor a impedirlo con la necesaria anticipación>>, pero no debe confundirse dicha lógica con la necesidad de punir anticipadamente la conducta del deudor. El Derecho penal sólo debe adelantar las barreras punitivas cuando realmente se produzca un significativo ataque al bien jurídico. Así, los argumentos dados por la doctrina dominante no convencen lo suficiente para justificar adecuadamente el adelantamiento punitivo. Si bien el deudor se anticipa con sus actos al vencimiento de la deuda por conveniencia, el Derecho penal ha de hacerlo únicamente cuando sus principios rectores lo requieran. Nada parece sustentar en el caso concreto del delito de alzamiento de bienes el adelantamiento de las barreras punitivas.

⁵⁵⁹ Vid. RUIZ MARCO, F., *La protección penal del crédito*, cit., p. 347. En esta misma línea HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 805. Como expone la autora, <<este adelantamiento de las barreras punitivas no conoce parangón en nuestra legislación>>.

⁵⁶⁰ Vid. RUIZ MARCO, F., *La protección penal del crédito*, cit., p. 345.

A diferencia de lo que opinan BAJO FERNÁNDEZ/ SUÁREZ GONZÁLEZ⁵⁶¹, el derecho de crédito se encuentra protegido de forma exhaustiva por otros sectores del ordenamiento, por lo que debe fijarse el límite a la intervención del Derecho penal. Ese límite debe ser la causación de un perjuicio económico ocasionado al acreedor, ya que sólo entonces la conducta es merecedora de la sanción penal⁵⁶². En este sentido, no puede entenderse, tal y como han planteado algunos autores, que el esperar a la producción del perjuicio supone adoptar una posición punitivista frente al acreedor, y una desatención de la función que el delito está llamado a desempeñar, esto es, garantizar el crédito del acreedor⁵⁶³. Como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, el Derecho penal ha de tener límites. En el caso concreto y por las consideraciones hechas parece acertado cifrar ese límite en la producción del perjuicio.

Pero es que, además, no se entendería por qué en el caso del delito del art. 260 del CP, el cual prevé una pena superior y que contiene una regla de determinación de la pena que tiene en cuenta el número de acreedores perjudicados, el legislador retrasa la consumación del delito hasta la verificación del perjuicio y en el caso del alzamiento de bienes no⁵⁶⁴. Si el alzamiento de bienes contempla una conducta de menor gravedad, no se entiende la razón para la anticipación en ese supuesto de hecho de la actuación penal frente al art. 260 en el que se espera a la producción del

⁵⁶¹ Según los autores, el adelantamiento de las barreras punitivas no implica una hipervaloración del derecho de crédito debido a la falta de otros mecanismos de autodefensa específicos de dicho derecho. Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 224. De la misma opinión **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 220.

⁵⁶² Vid. **RUIZ MARCO, F.**, *La protección penal del crédito*, cit., p.146 y 155. Para este autor la mera puesta en peligro del bien jurídico protegido excluye la intervención del Derecho penal, siendo pertinente únicamente la protección del derecho de crédito por los mecanismos civiles y mercantiles.

⁵⁶³ Vid. **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A.**, (**Dir**), *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 609.

⁵⁶⁴ Respecto de esta crítica recuérdese que NIETO MARTÍN justifica esta realidad al entender que en el delito de alzamiento de bienes el menor desvalor del resultado se ve compensado con un mayor desvalor de la acción. Por ello, no debería haber problema en comprender la configuración del delito de alzamiento como un delito de peligro. La exigencia del elemento subjetivo del injusto, es decir, la exigencia del ánimo de lucro que debe concurrir en la actuación del sujeto activo compensa el hecho de que el perjuicio no sea necesario para reputar consumado el delito. Vid. **NIETO MARTÍN, A.**, “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 778. Claro está que, para asumir esta explicación, debe compartirse además el conjunto de la tesis del autor sobre la necesidad de la concurrencia del ánimo de lucro, tesis esta que en la doctrina parece no haber tenido demasiada acogida.

perjuicio⁵⁶⁵. En definitiva, si en el delito más grave esto es así, lo normal sería que así fuese también en el caso del delito de alzamiento de bienes. Consecuentemente, el énfasis debe por tanto ponerse no en la intención del deudor de causar un perjuicio, sino en el hecho de que efectivamente llegue a provocarse un daño al acreedor.

Se une a estas razones la idea de que la interpretación objetiva del tipo erradica posibles problemas de inaplicación del delito en aquellos supuestos que entrañen mayor dificultad de prueba sobre la concurrencia del *animus* de perjudicar⁵⁶⁶. La cuestión que debe plantearse sería la siguiente: ¿cómo probar la específica intención que mueve al sujeto interiormente?

Y es que, la vertiente subjetiva es, frente a la parte objetiva del tipo, difusa y de difícil prueba. En este sentido, los aspectos subjetivos del tipo sólo se pueden deducir⁵⁶⁷. El único medio probatorio de un específico ánimo que mueve al sujeto se traduce en el recurso a los indicios y está sujeto a la especulación⁵⁶⁸. Como expone PAREDES CASTAÑÓN, la exigencia de un elemento subjetivo adicional del injusto resulta de difícil aplicación en la práctica y, aunque es cierto que tampoco es fácil probar la existencia del dolo, la concurrencia de éste se puede en muchas ocasiones deducir razonablemente de la propia acción, fenómeno este menos frecuente cuando se trata de finalidades internas perseguidas por el autor del delito⁵⁶⁹. Por todo ello, y en la medida de lo posible⁵⁷⁰, parece aconsejable eliminar estos elementos

⁵⁶⁵ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 800.

⁵⁶⁶ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, “Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 10 de junio de 1999”, cit., marg. 209, quien dice respecto de la interpretación subjetiva que implica <<el riesgo de entapizar lo subjetivo hasta cotas no exigidas por el tipo, tal y como hacen las resoluciones que equiparan “el actuar en perjuicio de sus acreedores” como “actuar maliciosamente”>>.

⁵⁶⁷ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *Teoría General del Delito*, Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 71.

⁵⁶⁸ Cfr. **PAREDES CASTAÑÓN, J-M.**, “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes”, en *El nuevo Código Penal: Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRITAS, F., (Coords), Aranzadi, Pamplona 2001, p. 1639. Ha de apuntarse, sin embargo, que hay autores que no parecen tener problema alguno en acudir a las presunciones. Es más, QUERALT JIMÉNEZ parte de la idea de que lo difícil es probar lo contrario, es decir, la no existencia del ánimo de perjudicar al acreedor. Concretamente sugiere el autor que <<si ese ánimo lesivo no se da -lo cual, pese a todo, será problemático negar- no nacerá este delito>>. Cfr. **QUERALT JIMÉNEZ, J-J.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 705.

⁵⁶⁹ Vid. **PAREDES CASTAÑÓN, J-M.**, “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes”, cit., p. 1639.

⁵⁷⁰ Se utiliza esta expresión para poner de manifiesto que la transformación de los elementos subjetivos en objetivos no siempre es viable. Así, como pone de relieve **MOLINA**

subjetivos distorsionantes y optar por introducir en los tipos elementos objetivos que expresen un peligro o causen una lesión para el bien jurídico protegido⁵⁷¹.

La conclusión a la que llega PAREDES es que de la conducta de quien concluye un negocio jurídico -como la enajenación de bienes o su donación- puede colegirse razonadamente que conoce y acepta que tal negocio puede afectar a las expectativas de los acreedores; sin embargo, ir más allá y deducir de ello una intención última del deudor de perjudicar a los acreedores se antoja hartamente difícil y que sólo puede probarse de forma indiciaria⁵⁷². Condicionar la consumación del delito a la prueba de las motivaciones internas de las acciones de un sujeto dificulta extrema e innecesariamente la aplicación del delito de alzamiento de bienes. Por el contrario, la interpretación en sentido objetivo evita hipervalorar la intención del agente⁵⁷³, en este caso, la intención del deudor. Como expone una vez más PAREDES, la perspectiva subjetivista obliga a hacer un juicio acerca de la buena fe del sujeto actuante en la conclusión del negocio jurídico cuya tipicidad se cuestiona⁵⁷⁴.

FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona 2001, pp. 733 y ss, en la mayor parte de los bienes jurídicos protegidos la lesividad no depende de los motivos, actitudes o significados que el autor atribuya a su acción, lo que no excluye que pueda ser así. En este sentido, en todos aquellos bienes cuya existencia esté ligada a un objeto material -vida, integridad física, propiedad, etc- las circunstancias subjetivas que rodean su lesión son completamente intrascendentes. Cuando se trate de bienes jurídicos de semejante naturaleza, las circunstancias subjetivas no deben tenerse presentes en el momento de efectuar el juicio de lesividad de la acción del autor. En otros casos, sin embargo, sucede todo lo contrario, es decir, en otros bienes jurídicos el elemento subjetivo puede desempeñar un papel decisivo. Baste citar, por ejemplo, los delitos contra el honor o la libertad sexual. Así las cosas, no se niega la necesidad de la constatación en ocasiones de la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, no obstante, su utilización debe quedar reservada a ciertos delitos, los menos, como los delitos de calumnia o injuria.

⁵⁷¹ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Imputación subjetiva”, cit., p. 123 y, del mismo autor, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., pp. 269 y 346. De esta opinión se mostró en su momento el legislador alemán, el cual reformó el § 283 del StGB, eliminando toda referencia a la concurrencia de la intención de perjudicar al acreedor. Favorable a la orientación seguida por el legislador alemán puede verse **TIEDEMANN, K.**, “Insolvenzstrafrecht”, en *Leipziger Kommentar*, Berlin 1985, p. nm 36.

⁵⁷² Vid. **PAREDES CASTAÑÓN, J-M.**, “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes”, cit., p. 1639.

⁵⁷³ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, “Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 10 de junio de 1999”, cit., marg. 208.

⁵⁷⁴ Vid. **PAREDES CASTAÑÓN, J-M.**, “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes”, cit., p. 1638.

Señala además el autor que uno de los principales problemas que genera la interpretación subjetiva del tipo es la casuística en la que desemboca. Corresponde al juez fijar el significado del concepto <<deudor diligente>> para discernir qué actos son <<normales>>. Realizada esta operación debe el juzgador analizar los hechos y decidir si efectivamente la acción es <<anormal>>, para luego examinar si efectivamente concurre el dolo y el elemento subjetivo del tipo. A juicio de PAREDES <<se intenta deducir directamente de un comportamiento objetivo un ánimo subjetivo y, fundándose en las peculiaridades de la prueba indiciaria, se ampara en la libre apreciación judicial de la prueba una decisión libérrima del juzgador, que con frecuencia carece de suficiente base probatoria>>⁵⁷⁵.

Por esta razón, PAREDES CASTAÑÓN propone para la interpretación de los delitos de alzamiento de bienes el manejo de unos criterios de valoración objetivos a partir de los cuales pueda considerarse en los tipos dolosos la presencia o no del conocimiento y aceptación precisos para calificar la conducta como dolosa. Ello supondría, en el caso del delito de alzamiento, determinar qué conductas del deudor pueden poner efectivamente en peligro las expectativas de los acreedores, de forma que puedan ser calificadas o no como penalmente típicas, incluso cuando concorra en el sujeto la intención de perjudicar.

Dicha propuesta se centra principalmente en establecer el alcance del deber del deudor de no empeorar con sus acciones las expectativas patrimoniales de los acreedores y, a la vez, fijar los espacios de riesgo permitido⁵⁷⁶. Y esta última tarea no es sencilla ya que, como ya se puso de relieve en el Capítulo Primero⁵⁷⁷, los continuos cambios operados en la sociedad y economía actuales han dado paso a una amplia <<zona gris>> entre lo permitido y lo no prohibido. En todo caso, lo que nunca debe perderse de vista es que la mera existencia de un riesgo jurídicamente relevante no conlleva automáticamente a la calificación de una conducta como

⁵⁷⁵ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J-M., “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes”, cit., p. 1640.

⁵⁷⁶ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J-M., “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes”, cit., p. 1651.

⁵⁷⁷ Vid. *supra*. el epígrafe II. 2. del citado Capítulo Primero.

constitutiva de un ilícito penal. Habrá de comprobarse que los actos del sujeto son subsumibles de forma inequívoca en el hecho típico⁵⁷⁸.

En consonancia con esta tesis y por lo que a los delitos de alzamiento de bienes respecta, el órgano juzgador será el encargado de valorar los intereses concurrentes para establecer qué sería lo razonablemente exigible para el deudor que actúa en el mercado. Se trataría pues de una valoración objetiva de la conducta y no de la concurrencia de elementos subjetivos más allá del dolo⁵⁷⁹. No sería, por tanto, necesario recurrir ni a la prueba de ánimo subjetivo alguno, ni a la exigencia del perjuicio como medio de objetivización del tipo.

En esta forma expuesta, entiende el citado autor que se erradican dos posiciones de idénticas consecuencias no deseables, es decir, se eliminaría la tendencia subjetivista y la visión de la objetivación absoluta en la interpretación de los delitos de alzamiento de bienes. Esta última propuesta será analizada posteriormente y se podrá comprobar que, en contra de lo que opina PAREDES, las consecuencias no son idénticas⁵⁸⁰.

II. 3 - La tesis minoritaria: los delitos de alzamiento de bienes como delitos de lesión.

a) Planteamiento general: el concepto de lesión y perjuicio en las tesis minoritarias.

Ante todo, es necesario realizar una serie de consideraciones previas al análisis de la teoría minoritaria sobre el contenido del injusto en los delitos de alzamiento de bienes. Ello es así debido a que el concepto de lesión no es unívoco en todos los autores que participan de la visión de los delitos de alzamiento de bienes como tipos de lesión. En este sentido, puede apreciarse que para un sector doctrinal la lesión se identifica con la situación de insolvencia mientras que para otros se requiere un efectivo perjuicio patrimonial. Dos pueden ser en principio las tendencias seguidas.

⁵⁷⁸ Vid. **CASTALDO, A.**, “La concreción del riesgo jurídicamente relevante”, en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., (Ed), Bosch, Barcelona 1997, p. 239.

⁵⁷⁹ Vid. **PAREDES CASTAÑÓN, J.-M.**, “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes”, cit., p. 1651.

⁵⁸⁰ Vid. *infra*. el epígrafe. II. 3- b) de este Capítulo Cuarto.

En la línea del primer planteamiento, BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO califican al alzamiento de bienes como un delito de lesión por cuanto <<no basta con poner en peligro el derecho a la satisfacción del crédito, como ocurre con el mero incumplimiento de la obligación, sino que es necesario lesionarlo, lo cual sólo se produce cuando se frustran las posibilidades de satisfacer el derecho en el patrimonio del deudor, es decir cuando se insolventa>>⁵⁸¹. Sin embargo, esta argumentación en nada se diferencia de la tesis mayoritaria. Las conclusiones a las que se llega son idénticas ya que no es necesario que efectivamente se frustren los créditos. Para unos y otros, será la verificación de la insolvencia el momento de perfección del delito, sea bien porque se lesiona el bien jurídico, sea porque se pone en peligro tal y como defienden las tesis mayoritarias.

Asimismo, BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO, al descartar la necesidad del efectivo perjuicio, interpretan la expresión <<en perjuicio>> como un elemento subjetivo del tipo de injusto tal y como se proclama ya desde el sector mayoritario⁵⁸². Por ello, la línea divisoria entre las propuestas de unos y otros se difumina de forma tal que realmente se trata del mismo concepto sobre el contenido del injusto pero con distinto nombre.

El modo en que los citados autores interpretan la lesión presenta una serie de problemas más allá de una mera cuestión terminológica. Precisamente, uno de las críticas más relevantes que se pueden oponer a su propuesta radica en la imposibilidad de diferenciar entre la insolvencia y el perjuicio. A continuación se especifican las premisas básicas que rigen esta tesis:

- la lesión para el bien jurídico se constata con la frustración del crédito.
- la frustración del crédito presupone el perjuicio.
- el perjuicio se produce en el momento en que se provoca la insolvencia.

En conclusión: lesión, perjuicio e insolvencia coinciden en un mismo momento.

⁵⁸¹ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J., en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 227. También en BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., p. 386. En el mismo sentido puede verse CUELLO CONTRERAS, J., “Insolvencias punibles”, en *Cuadernos de política criminal*, nº 67, Madrid 1999, p. 40 o TERRADILLOS BASOCO, J-M., en *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 580.

⁵⁸² Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., p. 387.

Sobre esta última afirmación han de efectuarse ciertas matizaciones. El hecho de que la insolvencia se equipare a la producción del perjuicio es discutible o, más bien, una conclusión errónea. En este sentido, será el impago de la deuda en el momento de su vencimiento el que revele el perjuicio. La insolvencia por sí sola no presupone el perjuicio para el acreedor, pues sucede que si la deuda contraída todavía no ha vencido no puede decirse que se le haya ocasionado perjuicio alguno, al menos hasta que venza la deuda y el acreedor no encuentre bienes con los que satisfacerla.

La insolvencia, tal y como sostiene la tesis mayoritaria, revela el peligro para el bien jurídico protegido pero no la lesión⁵⁸³. Cuestión diferente es que se entienda, tal y como se defiende por el sector doctrinal dominante, que el peligro - materializado en la insolvencia- merezca relevancia suficiente como para servir a la justificación de la intervención penal.

En definitiva, la propuesta de BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO no supone distanciamiento alguno de las tesis antes expuestas. Es más, no sólo se llega a conclusiones idénticas, esto es, que la consumación se produce en el momento de verificación de la insolvencia, sino que además se incurre en la equivocación de equiparar dos conceptos totalmente diferentes como son la insolvencia y el perjuicio.

Más allá de la opinión de los dos autores ya citados, también GALLEGO SOLER califica a los delitos de alzamiento de bienes como delitos de lesión⁵⁸⁴. Su teoría, sin embargo, parte de una premisa diferente. Según la opinión de GALLEGO, la provocación de la insolvencia coincide con la lesión del bien jurídico protegido en primer término, pero sin llegar a equipararse el concepto de insolvencia al de perjuicio material. En otras palabras, el estado de insolvencia se concibe como un supuesto de perjuicio patrimonial entendido como resultado jurídico diferente del resultado material de efectivo perjuicio patrimonial⁵⁸⁵. Así, para la consumación del delito basta que se constate el resultado jurídico, esto es, el estado de insolvencia. Esta tesis sería plenamente viable y defendible en todos los delitos de alzamiento de bienes, si bien en el caso del art. 257. 1. 2º del CP podrían plantearse ciertas dudas. A juicio del citado autor, también en este caso concreto puede sostenerse la condición de delito de lesión si se acepta, como hace

⁵⁸³ Vid. *supra*. el epígrafe II. 1 de este Capítulo.

⁵⁸⁴ Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, “El bien jurídico-penal en los delitos de insolvencia: ¿dos modelos de protección enfrentados?”, cit., p. 378.

⁵⁸⁵ Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*, cit., p. 558.

GALLEGO, que la <<puesta en peligro del patrimonio individual es un supuesto de perjuicio patrimonial>>⁵⁸⁶.

En defensa de esta última afirmación argumenta que los delitos que presentan como bien jurídico el patrimonio acostumbran a requerir para su consumación el perjuicio para el sujeto pasivo. Tal perjuicio debe entenderse como la efectiva pérdida de un valor patrimonial o la carga de una gravosa obligación⁵⁸⁷. De esta forma, y partiendo de la idea de que los tipos de insolvencia son delitos patrimoniales, el peligro que entraña la provocación de la insolvencia supone un empeoramiento de la situación patrimonial actual pudiendo decirse entonces que se produce una disminución patrimonial y consecuentemente un perjuicio⁵⁸⁸. En opinión de GALLEGO, la ocultación de los bienes implica ya un resultado con suficiente relevancia jurídica en el patrimonio del sujeto pasivo como para justificar la intervención del Derecho penal. La fundamentación que ofrece el autor es que existe en ese momento una concreta puesta en peligro del patrimonio del acreedor, que se cifra en algo más que en una alta probabilidad de que al momento del vencimiento, liquidez y exigibilidad de la deuda, ésta no pueda materialmente realizarse sobre el patrimonio del deudor⁵⁸⁹.

Así las cosas y a modo de resumen, en los delitos de alzamiento de bienes el estado de insolvencia es, a su juicio, una modalidad de perjuicio patrimonial concebido en sentido jurídico⁵⁹⁰. Cuando se produce la ocultación de los bienes y se provoca la insolvencia, a pesar de que en el patrimonio del acreedor sigue existiendo el derecho de crédito a su favor, el valor del mismo, tanto en términos económicos como funcionales, no se corresponde con el valor de la contraprestación efectuada por su parte⁵⁹¹. Añade además que los créditos estarán generalmente vencidos y serán exigibles aunque no descarta expresamente la posibilidad de que no sea así. A su entender, la constatación del estado de insolvencia entraña un peligro que supone a la vez un perjuicio

⁵⁸⁶ Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*, cit., p. 558. Del mismo autor véase también “El bien jurídico-penal en los delitos de insolvencia: ¿dos modelos de protección enfrentados?”, cit., p. 31.

⁵⁸⁷ Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 386.

⁵⁸⁸ Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, cit., p. 386. Asimismo puede verse “El bien jurídico-penal en los delitos de insolvencia: ¿dos modelos de protección enfrentados?”, cit., p. 368.

⁵⁸⁹ Cfr. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*, cit., p. 559.

⁵⁹⁰ Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*, cit., p. 558.

⁵⁹¹ Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*, cit., p. 559.

patrimonial presente -y jurídico- que puede coincidir o no con el que se irroga al momento del vencimiento y exigibilidad de la deuda⁵⁹². Con ello, aunque GALLEGO no llega a negar la condición de elemento subjetivo del tipo del término <<en perjuicio>>, su tesis parece apuntar a que dicha expresión va referida al estado de insolvencia⁵⁹³. Si el peligro que entraña la causación de la insolvencia se contempla como un perjuicio, no hay por qué entender que el término <<en perjuicio>> hace alusión a un elemento subjetivo del tipo adicional al dolo. En este aspecto la teoría de GALLEGO se asemeja a las tesis que, como se apuntó anteriormente, sostienen MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ o PAREDES CASTAÑÓN sobre la conveniencia de la objetivación de los elementos subjetivos del tipo⁵⁹⁴.

Más allá de este último apunte, lo cierto es que las críticas expuestas anteriormente a la teoría de BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO y a la doctrina mayoritaria son plenamente aplicables a la propuesta de GALLEGO SOLER. Así, y aun existiendo diferencias en los argumentos ofrecidos por unos y otros, las consecuencias resultan ser una vez más prácticamente idénticas. Es decir, sancionar la provocación de la insolvencia entendiendo que lo que se produce es un perjuicio jurídico y no material implica nuevamente el adelantamiento injustificado de las barreras punitivas. En este sentido, si se sigue la tesis de GALLEGO se podría perfectamente aplicar el delito de alzamiento de bienes aun cuando las deudas no se encuentren vencidas, bastando pues para la consumación del tipo la creación dolosa por parte del sujeto de su estado de insolvencia⁵⁹⁵. Por todo ello, aunque el planteamiento de GALLEGO SOLER es lógico y congruente, es también criticable desde el punto de su inadecuación político criminal.

A pesar de todo lo dicho, no se niega en ningún momento que la pérdida de valor económico a la que se refiere GALLEGO SOLER sea relevante a efectos penales. Sin embargo, tal y como se verá en el epígrafe siguiente, la pérdida de valor debe ser cuantificada una vez que se ha producido el vencimiento de las deudas y se ha lesionado efectivamente el bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia, es decir, el derecho de crédito de los acreedores.

⁵⁹² Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*, cit., p. 559.

⁵⁹³ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 55.

⁵⁹⁴ Vid. *supra*. el epígrafe II. 2 de este Capítulo Cuarto.

⁵⁹⁵ Vid. **GALLEGO SOLER, J-I.**, *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*, cit., p. 558.

b) Toma de posición: la lesión entendida como perjuicio efectivo.

En el presente trabajo, y teniendo presentes las críticas que se han expuesto anteriormente⁵⁹⁶, se ha optado por la tesis contraria a la dominante al defenderse el carácter de delito de lesión de los tipos de alzamiento de bienes. Asimismo, se parte de la idea de que es la producción del efectivo perjuicio, y no la constatación de la insolvencia, el factor que determina la lesión para el bien jurídico. Partiendo de esta base, el perjuicio patrimonial junto con la exigibilidad será el límite que permita establecer la legitimidad de la intervención penal en la tutela del crédito⁵⁹⁷. El planteamiento es el que se expone a continuación.

Siguiendo la línea propuesta por RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ⁵⁹⁸, RUIZ MARCO⁵⁹⁹, HUERTA TOCILDO⁶⁰⁰ y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁶⁰¹, el vencimiento de la deuda y la causación del perjuicio son los factores clave para establecer la consumación del delito. El momento del vencimiento y la exigibilidad de la obligación coinciden con el momento de constatación tanto de la lesión del bien jurídico como del perjuicio para el acreedor⁶⁰². Será entonces cuando, de forma objetiva, se compruebe que el impago de la deuda y, en consecuencia, el perjuicio se derivan de la provocación dolosa de la insolvencia por parte del deudor. Visto así, se trataría de una lectura distinta del perjuicio que, entendido tal y como se ha expuesto, se identificaría como un elemento objetivo, que no subjetivo, del tipo penal⁶⁰³.

⁵⁹⁶ Vid. *supra*. epígrafe II. 2 de este Capítulo.

⁵⁹⁷ Vid. RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del crédito*, cit., p. 139.

⁵⁹⁸ Vid. RODRIGUEZ DEVESA, J.-M./ SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., pp. 485 y 487.

⁵⁹⁹ Vid. RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., pp. 142 y 147.

⁶⁰⁰ Vid. HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 800

⁶⁰¹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de del bienes”, cit., p. 461.

⁶⁰² Vid. RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., pp. 147 y 153. En la jurisprudencia véase la STS de 27 de mayo de 1995.

⁶⁰³ Se sigue así la opinión de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, para quien los inconvenientes que genera la interpretación en clave subjetivista de la locución <<en perjuicio>> aconsejan darle una lectura diferente. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Imputación subjetiva”, cit., p. 124 o, del mismo autor, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 270. En este sentido, parece conveniente entender que el término <<en perjuicio>> se identifica con un elemento objetivo del tipo. En el concreto caso de los delitos de alzamiento de bienes, la solución pasa por

Como expone MUÑOZ CONDE, la insolvencia puede y debe distinguirse del perjuicio⁶⁰⁴. Así, el perjuicio se constata no con la insolvencia, aunque ambos puedan coincidir, sino con el vencimiento de la deuda⁶⁰⁵. Es cierto, tal y como opina la doctrina dominante, que la comprobación de la insolvencia evidencia el peligro para el bien jurídico. No obstante, el perjuicio y la lesión del bien jurídico se verificarán en el momento del vencimiento de la deuda⁶⁰⁶; y será entonces cuando el delito de alzamiento de bienes se consume por entenderse lesionado el bien jurídico protegido. Si se parte de esta premisa, acontece que los delitos de alzamiento de bienes no exigen que el deudor pretenda causar un perjuicio a sus acreedores, sino que éste debe ocasionarse realmente. La consumación del delito requiere pues la constatación de un real y efectivo perjuicio para los titulares del derecho de crédito. Puede afirmarse por tanto que la expresión empleada por el legislador es cuanto menos poco afortunada. Posiblemente habría sido menos problemático que el legislador hubiese descrito la conducta utilizando expresiones como <<y perjudique>> o <<con perjuicio>> en lugar del controvertido término <<en perjuicio>>⁶⁰⁷.

De lo dicho hasta el momento cabe concluir que el hecho de que el deudor pretenda perjudicar a sus acreedores premeditadamente o que realice la conducta con el ánimo de quedarse con los bienes ocultados pertenece a la

exigir la constatación del perjuicio efectivo al acreedor, el cual permite fijar la lesión del bien jurídico protegido.

⁶⁰⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 458. Diferente posición mantiene TERRADILLOS BASOCO, J-M., “Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 10 de junio de 1999”, cit., marg. 208, para quien el perjuicio se materializa con la situación de insolvencia pues ésta entraña ya una frustración o aminoración de las expectativas.

⁶⁰⁵ Vid. en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 460.

⁶⁰⁶ Vid. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 40, quien, como ya se dijo con anterioridad, a pesar de compartir esta afirmación se muestra partidario de adelantar las fronteras punitivas a la puesta en peligro del bien jurídico. Si bien el autor admite que el vencimiento determina el perjuicio y la lesión, tal hecho no es necesario para determinar la consumación del delito. En conclusión, el perjuicio se ve postergado a la fase de agotamiento del delito.

⁶⁰⁷ Esta misma expresión es utilizada por el legislador de 1995 en delitos como los de estafa. Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los Delitos de estafa en el Código Penal*, cit., pp. 30 y 49, CHOCLÁN MONTALVO, J-A., *El delito de estafa*, cit., pp. 165 y 166 o BACIGALUPO, E., *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2007, p. 175. Según la opinión de los citados autores, la perfección de los tipos de estafa es preceptiva la producción y constatación del perjuicio económico para el sujeto pasivo. Si el perjuicio no llega a producirse se apreciaría la tentativa punible del delito de estafa.

esfera de la motivación interna del sujeto activo, pero no se requiere como elemento imprescindible y necesario para la consumación del tipo.

Por otro lado, la doctrina mayoritaria insiste además en que el ánimo específico que debe concurrir en el sujeto es el de perjudicar a sus acreedores, esto es, la intención primera que mueve al sujeto activo se traduce en la búsqueda de la provocación del perjuicio. Ahora bien, la práctica demuestra que realmente lo que lleva al deudor a alzarse con sus bienes es la intención de quedarse con ellos⁶⁰⁸, y ello independientemente de que conceptual y simultáneamente esta intención lleve aparejado el ánimo de perjudicar a los acreedores. Bien es cierto que pueden existir raros casos de destrucción de los bienes que obedecen a la idea de perjudicar; no obstante, lo más común será que la conducta se traduzca en una ocultación que permita al deudor mantener el control sobre sus bienes⁶⁰⁹. Esta realidad apoya todavía más la idea de que el legislador debía haber utilizado el término <<con perjuicio>>, pues se ajustaría más a la realidad psicológica y evitaría la compleja operación de adivinar la intención del sujeto.

Así pues, basta para la consumación del delito que el deudor actúe con el dolo de frustrar la satisfacción de las obligaciones que ha contraído previamente, es decir, que conozca que la ocultación llevada a cabo de sus propios bienes lleva aparejado un futuro impago de la deuda y por tanto una sustracción de sus activos para el pago de sus pasivos⁶¹⁰. El dolo será, en sintonía con la crítica expuesta anteriormente, el único elemento subjetivo del delito a tener en cuenta. Consecuentemente, la motivación interna que sobrepase este conocimiento nada aporta al contenido del injusto.

Llegados a este punto, puede afirmarse que el hecho de concebir el perjuicio como elemento objetivo del tipo presupone obtener importantes

⁶⁰⁸ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 797. Sobre esta cuestión también se ha manifestado **NIETO MARTÍN, A.**, “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 778. Para el citado autor lo que realmente se tipifica es el hecho de quedarse con los bienes pues alzarse significa <<quedarse con los bienes>>.

⁶⁰⁹ Vid. **RUIZ MARCO, F.**, *La tutela penal del crédito*, cit., p. 343. Como indica el citado autor, nadie, salvo en casos patológicos, está interesado en perjudicar a los acreedores. Bien al contrario, forma parte de la naturaleza de las cosas que las personas se sientan inclinadas a salvaguardar su patrimonio.

⁶¹⁰ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, “Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 10 de junio de 1999”, cit., marg. 208. Manifiestamente contrario a la tesis dominante, el autor expone que el dolo debe ir referido a la conmoción del bien jurídico y no a los efectos económicos últimos sobre el acreedor.

beneficios de prueba. A dicha objetivación no se recurre solamente en el ámbito penal. En este sentido, el recurso a la objetivación de la intención de los sujetos se produce también en otros sectores del ordenamiento jurídico. Así sucede, por ejemplo, con la acción pauliana del art. 1.111 del Código Civil. Siguiendo el dictado de la mencionada norma de Derecho privado, para el ejercicio de esta acción se requiere que el deudor realice actos fraudulentos con el propósito de defraudar a sus acreedores⁶¹¹. La jurisprudencia y la doctrina civiles coinciden en que la prueba de este *animus* específico es extremadamente difícil. Por esta razón, unos y otros han defendido que la mejor opción es entender cumplida esta exigencia o con la comprobación del estado de insolvencia⁶¹², o con la demostración de que el deudor conocía que con la enajenación realizada no le restaban bienes para pagar a sus acreedores⁶¹³. A la vez, si bien la provocación de la insolvencia es suficiente para probar el ánimo de perjudicar, se exige además la causación del perjuicio al acreedor. Y éste, el perjuicio, equivale a una disminución de la garantía patrimonial que determina la insatisfacción del derecho del acreedor⁶¹⁴.

Por supuesto, este argumento no es definitivo ya que el Derecho civil es un sector del ordenamiento jurídico que opera con sus propios criterios. Ahora bien, si el Derecho civil opta por la objetivación de la norma y sus sanciones son menos duras para el sujeto que las previstas en el Derecho penal, con más razón puede utilizarse el recurso a la interpretación objetiva, siempre y cuando favorezca al sujeto activo y no al contrario. En el caso del delito de alzamiento de bienes la objetivación no sólo aporta beneficios de prueba sino también contribuye a la justificación político criminal del tipo penal. En este sentido, es evidente que, a diferencia de lo que sucede con la interpretación dominante, exigir la causación del perjuicio justifica plenamente la intervención penal ante este tipo de comportamientos y evita problemas respecto del principio de intervención mínima que rige en el Derecho penal⁶¹⁵.

⁶¹¹ Vid. también *infra*. el epígrafe IV. 1- c) de este Capítulo Cuarto.

⁶¹² Vid. **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 215.

⁶¹³ Vid. **ALBALADEJO, M.**, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit., p. 235. En la jurisprudencia puede verse la STS de 19 de julio de 2005 o la STS 31 de octubre de 2002.

⁶¹⁴ Vid. **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 215 o **BUSTOS VALDIVIA, C.**, en *Derecho patrimonial civil*, MORENO QUESADA, B./ BUSTOS VALDIVIA, C./ TRUJILLO CALZADO, M-I., Comares, Granada 2006, p. 233. En la jurisprudencia puede verse la STS de 23 de octubre de 1990 en la que expresamente se dice que <<no es necesario acreditar un *animus nocendi*, siendo suficiente que el deudor sepa o se percate de que, con el acto realizado, no quedan bienes bastantes para el pago de sus deudas>>. Asimismo se manifiesta la STS de 6 de abril de 1992 o la STS de 27 de noviembre de 1990.

⁶¹⁵ Vid. **RUIZ MARCO, F.**, *La tutela penal del crédito*, cit., p. 146.

Y es que en el caso del alzamiento de bienes parece que el esquema común se ha invertido, es decir, el <<algo más>> que suele requerirse en las conductas penales frente al Derecho civil aparece exigido en la acción civil⁶¹⁶. El Derecho penal sería en este supuesto menos exigente que el Derecho privado, poniendo en cuestión el carácter de *ultima ratio* del primero.

Precisamente, sobre la actuación del Derecho penal y sus límites se ha sugerido por algunos autores que el ánimo de perjudicar es el elemento que permite diferenciar los casos en los que debe actuar el Derecho penal y en los que debe abstenerse⁶¹⁷. Como ya se apuntó, la acción pauliana se utiliza cuando el deudor actúa en fraude de acreedores causándoles un perjuicio derivado de la insolvencia, por lo que la conducta descrita es semejante a la dispuesta en la norma penal. Si esto es así, en opinión de algunos autores, el elemento fundamental para decidir si se debe reaccionar frente al deudor que ha vaciado su patrimonio en vía civil, o mediante el ejercicio de una acción penal, será la voluntad que ha guiado su actuación⁶¹⁸. La concurrencia del ánimo de perjudicar se convierte así en el límite a la actuación penal.

No obstante, y aunque es cierto que ha de delimitarse el campo de actuación del Derecho penal, ello puede hacerse sin recurrir a la exigencia de elemento subjetivo alguno. La distinción ha de efectuarse mediante la comprobación del dolo, es decir, la acción tendrá relevancia penal cuando el deudor se haya insolventado siendo consciente de que con su acción se producirá un perjuicio para el acreedor. El elemento diferenciador entre la fraudulencia civil y penal viene representado por la intención maliciosa creadora del dolo penal que en todos los ilícitos penales ha de producirse sin

⁶¹⁶ Vid. **YZQUIERDO TOLSADA, M.**, “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 57, enero-marzo 2006, pp. 266 y 280. Entiende el citado autor que esta rebaja de las exigencias en sede penal tiene el desaconsejable efecto colateral de acudir a los tribunales de lo penal antes que a la jurisdicción civil. Según sus propias palabras <<en buena medida se invita a los abogados de los acreedores más recelosos o temerosos a que recelen también de los mecanismos de un Derecho civil que se prefiere calificar como vetusto e inútil antes que reconocer que no tiene ganas de estudiarlo, y lanzarse en plancha al confortable, barato y expeditivo cobijo de la justicia penal>>. Al mismo tiempo, como en ambos casos -acción pauliana y alzamiento de bienes- no se condena al pago de la deuda no satisfecha sino a la restitución de los bienes al patrimonio del deudor y a la condena de prisión respectivamente, el acreedor no tiene otro criterio selectivo más allá del argumento de que la vía penal es más agresiva.

⁶¹⁷ Vid. **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A.**, (Dir), *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 613.

⁶¹⁸ Cfr. **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A.**, (Dir), *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 614.

excepción alguna⁶¹⁹. Como expone MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, <<el deudor debe conocer que, existiendo una previa relación jurídica crediticia en la cual él se halla en la posición jurídica de deudor, oculta sus bienes al acreedor y que, como consecuencia de ello, ocasiona a éste un perjuicio patrimonial integrado por la frustración del derecho de crédito>>⁶²⁰.

En este mismo sentido se manifestó el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de junio de 1999⁶²¹, cuando afirmó que el alzamiento de bienes no exige propósito específico alguno. Basta para la comisión del delito con que el autor conozca los elementos del tipo objetivo, ya que entonces tendrá el conocimiento necesario para comprender que se le causa un daño a sus acreedores. Concretamente en el caso examinado, el Alto Tribunal entendió que los acusados sabían que con la transferencia de la finca a una de sus hijas se frustraba la posibilidad normal de ejecución del bien y que de esta forma detraían de su patrimonio la garantía de cobro de sus acreedores. Dicho conocimiento fue considerado por el Tribunal Supremo como suficiente para la configuración del dolo del delito de alzamiento de bienes.

Así las cosas, la intención de perjudicar queda embebida en el propio dolo y no constituye un elemento subjetivo adicional a éste. Por ello, si no se demuestra que el deudor actuó con dolo, el acreedor podrá ejercitar las acciones civiles pero el juez penal no apreciará la comisión del ilícito penal.

Finalmente y respecto del argumento esgrimido por la doctrina dominante, consistente en el hecho de que el legislador penal en el art. 257. 1. 2º utiliza la expresión <<con el mismo fin>>, debe decirse en primer lugar que el Código Penal de 1995 ha utilizado la expresión <<en perjuicio>> para describir la conducta de delitos patrimoniales en los que nadie pone en tela de juicio su condición de delitos de lesión. Así sucede, por ejemplo, con los delitos de estafa y apropiación indebida⁶²², los cuales tradicional y casi unánimemente son concebidos como delitos de lesión para el bien jurídico

⁶¹⁹ Vid. **GONZÁLEZ PASTOR, C-P.**, “La insolvencia punible, modalidades previstas en el Código Penal de 1995, en la reforma del mismo y la incidencia en esta materia de la nueva Ley Concursal”, cit., p. 8.

⁶²⁰ Cfr. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 59.

⁶²¹ En el mismo sentido pueden verse la STS de 6 de febrero de 2003 o también la STS de 31 de diciembre de 2002.

⁶²² Vid. **GÓMEZ LANZ, J.**, *La interpretación de la expresión <<en perjuicio de>> en el Código Penal*, cit., pp. 278 en adelante y 309 y ss.

protegido -el patrimonio-⁶²³. Como expone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, el vocablo <<fin>> posee diversas acepciones y puede definirse tanto como el <<objeto o motivo con que se ejecuta una cosa>> como <<término, remate o consumación de una cosa>>⁶²⁴. Así visto, no existe obstáculo alguno, ni siquiera de significado gramatical, para entender que tal expresión puede ser traducida como <<con el mismo resultado>>. Se puede, por tanto, entender que en el delito de alzamiento de bienes no existe elemento subjetivo del tipo sino, antes al contrario, se exige un resultado material y objetivo⁶²⁵. Al mismo tiempo, podría entenderse que la locución <<con el mismo fin>> no tiene como referencia un elemento concreto del art. 257. 1. 1º del CP, sino que sugiere que el sujeto activo debe obrar con la finalidad de realizar la conducta típica descrita en el tipo básico, pero en un contexto concreto. Por ello, la finalidad mencionada en el delito del art. 257. 1. 2º habría que entenderla como el dolo referido a los elementos del tipo básico. En definitiva, la expresión <<en perjuicio>> se equipara al dolo y no a un elemento subjetivo del tipo⁶²⁶.

Pues bien, teniendo presentes las nociones básicas ya expuestas, la propuesta que se realiza con relación al tipo básico del delito de alzamiento de bienes es la que se expone a continuación.

El presupuesto esencial del delito de alzamiento de bienes es la existencia de una deuda entre al menos dos sujetos. Sólo entonces puede decirse que se ha establecido una obligación crediticia entre un deudor y un acreedor. Contraída la deuda, el deudor realiza una serie de actos destinados a la provocación de la insolvencia. Lo más común será que estos actos se inicien con anterioridad al vencimiento de la deuda, de forma que una vez provocada la insolvencia se revela la posibilidad de que al momento del vencimiento el crédito resulte impagado a causa de la inexistencia de bienes. Una vez vencida la deuda, se verifica la insatisfacción del crédito y el perjuicio. Es en ese

⁶²³ Sobre el concepto de perjuicio en la estafa puede verse **CHOCLÁN MONTALVO, J-A.**, *El delito de estafa*, cit., pp. 165 y ss o **ARROYO DE LAS HERAS, A.**, *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Bosch, Barcelona 2005, p. 36.

⁶²⁴ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 474.

⁶²⁵ Vid. **PAREDES CASTAÑÓN, J-M.**, “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes”, cit., p. 1641, en nota al pie 48.

⁶²⁶ Vid. **GÓMEZ LANZ, J.**, *La interpretación de la expresión <<en perjuicio de>> en el Código Penal*, cit., p. 432. Ha de advertirse que el citado autor tras exponer esta interpretación no la comparte; no obstante, por las razones en el texto dadas en este trabajo sí se considera válida.

instante en el que el acreedor percibe la agresión a su derecho⁶²⁷ y el deudor traspasa los límites del riesgo permitido.

Como puede observarse, y en contra de la opinión de la doctrina y la jurisprudencia dominantes, cabe afirmar que para apreciar la consumación del delito las deudas deben haber vencido y han de ser exigibles⁶²⁸. Asimismo, el perjuicio supone la lesión del bien jurídico y la consumación del delito. Dos serían pues los resultados de la conducta del deudor alzado:

- el resultado intermedio: la insolvencia.
- un resultado final: el perjuicio.

Así planteado, la situación de insolvencia se configura como la consecuencia y resultado de los actos de distracción de los bienes y pone de manifiesto la puesta en peligro para el bien jurídico. No obstante, dicho peligro no es suficiente para justificar la utilización del Derecho penal. El principio de intervención mínima opera entonces como freno a la actuación de la norma penal y deja actuar a las restantes ramas del ordenamiento jurídico.

Y si esto es así, no es menos cierto que en dicho momento no sólo es viable la protección del derecho de crédito por otros mecanismos, sino que el propio deudor puede decidir eliminar el peligro pagando la deuda. Como expone HUERTA TOCILDO, puede suceder que el deudor obtenga activos por medio de un premio ganado en la lotería o por una donación inesperada o, incluso, por razones ajenas a su voluntad⁶²⁹. Si finalmente el acreedor desiste de su acción inicial de no pagar y llega a satisfacer su crédito, no puede decirse que el delito se haya consumado, sino que se trata de un supuesto de desistimiento⁶³⁰. Así, aunque la inicial acción dolosa de provocación de

⁶²⁷ Cfr. **RUIZ MARCO, F.**, *La tutela penal del crédito*, cit., p. 347.

⁶²⁸ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., pp. 460, 463 y ss.

⁶²⁹ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 807. En el mismo sentido, **NAVARRO, G-R.**, *Insolvencia Fraudulenta*, cit., p. 64.

⁶³⁰ Vid. también *infra*. el epígrafe XI de este Capítulo. Por otro lado, y aunque partidario de la tesis dominante, señala **MUÑOZ CONDE** que <<normalmente la insolvencia y el perjuicio suelen coincidir, pero pueden distinguirse conceptualmente (...). La cuestión tiene importancia a la hora de estimar el momento consumativo. Si se considera que el resultado consiste en el perjuicio efectivo y material en el patrimonio de los acreedores, la simple constatación de un estado de insolvencia que no llega a producir ese perjuicio deberá estimarse como forma imperfecta de ejecución, como tentativa. Lo que no puede confundirse en ningún caso es la insolvencia con el perjuicio>>. Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 458.

insolvencia ha puesto en peligro las legítimas expectativas de cobro de los acreedores, el pago anterior a la lesión del bien jurídico reduce la importancia del comportamiento doloso, restablece el orden de las cosas y debe, por todo ello, evitar la sanción penal. Si quien paga voluntariamente es el deudor con su patrimonio ha de admitirse el desistimiento. Si el pago se efectúa por causas ajenas a dicha voluntad -v. gr. el pago se realiza por un tercero que no se subroga en el crédito- es viable la tentativa y, por ello, la aplicación de una reacción penal menos intensa⁶³¹.

Como puede comprobarse, las diferencias entre la tesis doctrinal dominante y sostenida en este trabajo son evidentes. De adoptarse la tesis de la doctrina mayoritaria, aunque el acreedor llegase a satisfacer su crédito al vencimiento de la deuda tal y como debiera ser, el delito se habría consumado con la provocación de la insolvencia, hecho éste que, como se apuntó anteriormente, impide la operatividad del desistimiento y, consecuentemente, presupone una sobreprotección del derecho de crédito derivada del adelantamiento injustificado de las barreras punitivas. Idénticas conclusiones pueden extraerse en el caso antes señalado de la satisfacción del crédito en otros patrimonios diferentes al del deudor. Si se sigue la propuesta de la tesis mayoritariamente seguida, el alzamiento de bienes no se apreciaría como delito intentado sino como consumado. Esta inoperatividad de la tentativa es, al igual que sucede con la imposibilidad de aplicar el desistimiento, una exacerbación ilegítima del derecho de crédito.

Volviendo a la propuesta minoritaria aquí mantenida, habría que apreciar un delito consumado cuando el pago por el acreedor o un tercero se produce tras el vencimiento de la deuda. En tal supuesto el perjuicio se habría causado efectivamente. Baste como ejemplo aquellos casos en lo que los trabajadores son resarcidos -comúnmente sólo en una parte- por sus salarios impagados a través del Fondo de Garantía Salarial⁶³². De producirse tal hipótesis tanto la tesis mayoritaria como la aquí propuesta conducen al mismo resultado, esto es, a la consumación del delito⁶³³.

III. Sujeto pasivo del delito.

⁶³¹ Vid. NAVARRO, G-R., *Insolvencia Fraudulenta*, cit., p. 63.

⁶³² Vid. por ejemplo la STS de 14 de julio de 1989.

⁶³³ Vid. STS de 28 de febrero de 2006.

Es harto conocido que el sujeto pasivo de todo delito es el titular del bien jurídico protegido. Así pues, si se acepta que en el delito de alzamiento de bienes el interés jurídicamente protegido es el derecho de crédito de los acreedores, resulta evidente que el acreedor titular de dicho derecho de crédito será el sujeto pasivo del delito. En toda relación crediticia se identifican al menos dos sujetos, esto es, el deudor obligado al pago y el acreedor con derecho a exigir el cobro de lo debido⁶³⁴. El interés de este último es el que se protege desde la perspectiva penal a través del delito de alzamiento de bienes.

Al mismo tiempo, es posible que la condición de acreedor de una deuda sea ostentada por varios sujetos a la vez. En este sentido, una misma deuda puede tener varios titulares, es decir, varios acreedores. Así por ejemplo, en las obligaciones mancomunadas o solidarias son varios los sujetos acreedores y, por tanto, varios los titulares del derecho de crédito. En definitiva, los titulares del bien jurídico pueden ser dos o más personas, aunque la deuda sea solamente una. Habrá tantos titulares como acreedores y, por tanto, tantos sujetos pasivos como acreedores⁶³⁵.

La pluralidad de sujetos pasivos es pues posible tanto si un mismo crédito tiene varios titulares, como si con la actuación del deudor se lesionan derechos de crédito independientes de varios acreedores. A pesar de que el legislador ha utilizado el plural en la redacción del art. 257 del CP, no existe

⁶³⁴ Es curioso observar cómo desde la perspectiva civil el acreedor es identificado como el sujeto activo frente al deudor, a quien la doctrina civilista identifica como el sujeto pasivo de la deuda. Ello responde a la idea de que el acreedor es el que desempeña el papel activo en la relación obligatoria, pues a él le corresponde exigir el pago. Por supuesto, la diferente identificación que se hace por parte del Derecho civil y penal responde a que se parte de criterios diferentes, esto es, el primero parte del papel que representan ambos sujetos en la relación jurídica obligatoria, y el segundo del titular del interés tutelado. Vid. **LASARTE, C.**, *Principios de Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2006, p. 28 y 35.

⁶³⁵ En el caso de las obligaciones mancomunadas cada acreedor lo es de una parte de la obligación. Así pues, sólo pueden exigir el cumplimiento de esa parte. Piénsese por ejemplo en dos hermanos que venden una finca que han heredado de su madre. Cada uno de ellos es heredero de una parte del precio pero la obligación de pago en relación al acreedor es una sola. Por su parte, en las obligaciones solidarias cada acreedor lo es del total de la prestación y puede exigirla completa, pero ha de comunicarlo a los demás y reembolsarles su parte. Mediante la acción de regreso, el resto de acreedores pueden solicitar el cobro de su parte, de forma que el antes acreedor pasa a ser ahora deudor. Los acreedores restantes pasan a ser sólo de su parte, lo que equivale a decir que la deuda pasa a ser mancomunada. Vid. sobre estas cuestiones **LASARTE, C.**, *Principios de Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones*, cit., p. 43.

impedimento alguno para que el delito se realice cuando el acreedor es único⁶³⁶.

En líneas generales, el sujeto pasivo o titular del crédito suele ser el sujeto que inicialmente asume dicha posición acreedora. No obstante, es posible que se produzcan cambios en la titularidad del crédito. Así sucede por ejemplo en los casos de cesión y subrogación de créditos. En el primer supuesto se substituye el acreedor antes del pago de la deuda. En la subrogación de créditos es un tercero el que paga la deuda al inicial acreedor, de forma que quien paga pasa a ser titular de la deuda originaria⁶³⁷. Sea como sea, lo cierto es que al Derecho penal le interesa únicamente conocer quién es el titular del crédito en el momento en que se consuma el delito. Sólo a él le asiste la protección penal mediante la aplicación del delito de alzamiento de bienes.

Más allá de estas consideraciones, ha de indicarse que, según la redacción del art. 257. 2º, el delito de alzamiento extiende su tutela tanto al crédito público como al crédito privado⁶³⁸. Por consiguiente, el sujeto pasivo del delito de alzamiento de bienes podrá ser, a su vez, un sujeto privado o público. En este sentido, sujetos pasivos pueden serlo tanto deudores ordinarios como personas jurídicas públicas -v. gr. la Hacienda Pública o la Tesorería General de la Seguridad Social-⁶³⁹.

Al mismo tiempo, es posible encontrar deudas de Derecho público en las que el titular del crédito no es siempre el Estado. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la imposición de costas judiciales. Esta obligación pertenece a la categoría de las deudas públicas o crédito público porque se rigen por el Derecho público que es la fuente de su nacimiento. En el momento en que se condena en costas surgen varios derechos de crédito cuyos acreedores pueden ser el propio Estado o un tercero. Así, el art. 123 y 124 del CP y el art. 240 de la LECr establecen que ha de considerarse como costas el reintegro del papel sellado empleado en la causa, los honorarios del abogado y peritos, los aranceles del procurador, las indemnizaciones correspondientes a los testigos que las hubiesen reclamado, si fueren de abono, y los demás gastos que se

⁶³⁶ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 112 o **TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 142.

⁶³⁷ Sobre las similitudes y diferencias entre ambas instituciones puede verse **BUSTOS VALDIVIA, C.**, en *Derecho patrimonial civil*, cit., pp. 209 y ss.

⁶³⁸ Vid. *infra*. el epígrafe IV. 2- a) de este Capítulo.

⁶³⁹ Vid. **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A.**, (**Dir**), *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 607. En la jurisprudencia puede verse la SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2000.

hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa -v.gr. gastos de inserción de edictos y anuncios o el otorgamiento de escrituras públicas-. Lo mismo sucede con la emisión de la Deuda pública. A través de la emisión de Deuda pública el Estado obtiene ingresos procedentes de los préstamos que le conceden los subscriptores la Deuda pública⁶⁴⁰. Mediante un contrato de empréstito las partes intervinientes, esto es, la Administración prestataria y el sujeto prestamista, quedan vinculados por una relación jurídica de la que se derivan derechos y obligaciones. La Administración prestataria queda obligada a devolver el importe recibido y a pagar los intereses generados⁶⁴¹. Al igual que sucede con las costas judiciales, el crédito que se genera de la emisión y suscripción de la deuda pública presenta naturaleza pública por razón de la norma que la regula, a saber, la Ley General Presupuestaria⁶⁴².

De entre los ejemplos citados es posible encontrar casos en los que el crédito ha de abonarse al propio Estado, porque ha sido el sujeto que ha soportado inicialmente el gasto. Así sucede cuando una de las partes es beneficiaria de la Asistencia jurídica gratuita, ya que el condenado en costas debe indemnizar al Estado por el desembolso económico que éste ha realizado previamente⁶⁴³. Lo mismo acontece cuando interviene en el procedimiento el Abogado del Estado en defensa de los intereses de la

⁶⁴⁰ Vid. **BUSTOS GISBERT, A.**, *Lecciones de Hacienda Pública II. La financiación del sector público*, Colex, Madrid 2003, p. 118.

⁶⁴¹ Vid. **ÁLVAREZ BARBEITO, P.**, *Régimen fiscal de la deuda pública*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 2002, p. 109.

⁶⁴² Vid. sobre la Deuda Pública y su régimen general **ÁLVAREZ BARBEITO, P.**, *Régimen fiscal de la deuda pública*, cit., pp. 53 y ss o 86 y ss. El art. 135 de la Constitución Española habilita al Estado a emitir Deuda pública, el cual debe ser autorizado para su emisión por una ley. Dicha autorización se hace mediante la Ley de Presupuestos Generales del Estado. A su vez, la Ley General Presupuestaria contiene la regulación básica de la Deuda pública y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas regula los contratos en los que se plasma la emisión y suscripción de la Deuda pública.

⁶⁴³ Vid. **ORTELLS RAMOS, M./ SÁNCHEZ, R.-J./ CAMARA RUIZ, J.**, *Derecho Procesal. Introducción*, Edisofer, Madrid 2006, p. 233. Asimismo puede verse **MARTÍN CONTRERAS, L.**, *La tasación de costas*, Comares, Granada 2002, p. 367, quien claramente expone que este servicio público de Asistencia jurídica gratuita al ciudadano se financia íntegramente con fondos públicos. Ha de matizarse que el condenado en costas puede ser tanto la parte que litiga frente al beneficiario de la Asistencia jurídica gratuita como este mismo. En principio, quien goza de este beneficio está exento del pago de costas; no obstante y según el art. 36.2 de la LAJG existe obligación de reembolso por parte del beneficiario de la Asistencia jurídica gratuita cuando tras haber sido condenado en costas le sobrevenga <<mejor fortuna>>. Si en tres años el beneficiario consigue superar la situación económica precaria que motivó de la concesión de la Asistencia jurídica gratuita, entonces ha de devolver las cantidades referidas al gasto público ocasionado por su parte en el proceso. Como es lógico, el Estado no recibirá indemnización alguna cuando ambas partes gocen del referido beneficio.

Administración⁶⁴⁴. Otras veces, el titular del derecho de crédito resulta ser una de las partes implicadas en el proceso⁶⁴⁵. Claro ejemplo de ello es el pago de los honorarios de los abogados, los aranceles de los procuradores o la publicación de edictos. Si una de las partes es condenada en costas puede obligársele a sufragar los gastos que a la otra parte se le han ocasionado con motivo del proceso.

Lo mismo puede decirse de las deudas laborales derivadas de los derechos económicos de los trabajadores⁶⁴⁶. Estos <<derechos económicos de los trabajadores>> a los que alude el Código Penal incluyen no sólo la masa salarial sino también las indemnizaciones por jubilación o el despido⁶⁴⁷. Todos estos derechos de contenido económico surgen de normas de Derecho

⁶⁴⁴ Vid. **MARTÍN CONTRERAS, L.**, *La tasación de costas*, cit., p. 27.

⁶⁴⁵ Vid. **MARTÍN CONTRERAS, L.**, *La tasación de costas*, cit., pp. 114, 134 y 145. El titular del crédito o acreedor es la propia parte y no los profesionales que la han representado. Estos últimos deberán requerir el pago a la parte en caso de no haberse efectuado por adelantado. De esta forma entendido, el crédito ha de entenderse como un elemento del patrimonio del acreedor representado.

⁶⁴⁶ Como puede observarse, en el texto se habla únicamente de <<derechos económicos de los trabajadores>>. Ello es así porque ese concepto es el que se recoge en el Código Penal, de forma que la protección que se otorga al trabajador a través del delito de alzamiento de bienes se restringe únicamente a derechos de contenido económico reconocidos por las normas jurídicas. A pesar de ello, no debe perderse de vista que, como se expuso con anterioridad, el trabajador se ve perjudicado por la crisis económica en otros aspectos que, incluso, pueden serle mucho más gravosos. En este sentido, el trabajador puede perder su puesto de trabajo y consecuentemente su medio de subsistencia. Como expone **NUNES DE CARVALHO, A.**, “Reflexos laborais do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência, Conclusão”, en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXVII, nº 4, Lex Edições Jurídicas, Lisboa 1995, p. 320, en una cultura fundada en valores ligados al trabajo y a la posición laboral la desocupación de un individuo es, en sí misma, penalizadora. Puede hablarse, por ello, de un interés genérico de los trabajadores en la conservación de la organización laboral que, sin embargo, a efectos penales no puede ser abarcada. Este efecto colateral es un claro ejemplo de los denominados efectos <<resaca>> o <<espiral>> que provocan las crisis económicas y que corroboran la teoría de que los delitos de insolvencia pueden causar importantes daños inmateriales no cuantificables.

⁶⁴⁷ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 51 y **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, en *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 578. Sobre el concepto de <<créditos de los trabajadores>> puede verse **MONTOYA MELGAR, A.**, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2004, pp. 367 y ss. El trabajador tiene derecho a exigir el pago del salario, de las prestaciones extrasalariales, de las horas extraordinarias, de las indemnizaciones por gastos ocasionados - v. gr. desplazamientos-, y de las indemnizaciones fijadas por la ley - v. gr. por despido improcedente o incumplimiento patronal-. En contra de incluir todos estos conceptos en el ámbito de aplicación del delito de alzamiento de bienes puede verse **NIETO MARTÍN, A.**, “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, cit., marg.767, para quien el art. 257. 2 del CP se refiere únicamente a la masa salarial. A su juicio, el resto de derechos laborales se tutelan en el art. 311 del CP, pudiendo producirse un concurso ideal entre el delito de alzamiento de bienes laboral y este último. Así las cosas, el autor no niega la naturaleza de los créditos laborales diferentes del salario, pero los excluye de la protección del art. 257 del CP.

público, ya que la prestación de servicios por cuenta ajena pertenece al campo del Derecho público -piénsese por ejemplo en el Estatuto de los trabajadores-. A pesar de la naturaleza pública del crédito, el titular del bien jurídico no deja de ser el trabajador que se ve afectado por la insolvencia del empleador para el que prestaba servicios, es decir, un sujeto particular y privado. El hecho de ser trabajador no altera en modo alguno los derechos que van aparejados a la titularidad del crédito. Así pues, el trabajador puede catalogarse como un acreedor común.

IV. El presupuesto: La relación jurídico - obligacional previa.

IV. 1- Consideraciones generales.

Siguiendo el esquema propuesto, uno de los requisitos básicos de todo delito de insolvencia punible es la existencia de una deuda contraída entre un acreedor y un deudor⁶⁴⁸. Sin este vínculo jurídico no puede hablarse de derecho de crédito y, consecuentemente, no sería posible identificar bien jurídico protegido alguno. Si como se concluyó y aceptó en el capítulo dedicado al bien jurídico protegido, el interés jurídicamente tutelado es el <<derecho de crédito que asiste al acreedor>>, es ineludible que se haya contraído una relación jurídica obligatoria de la que surja el deber de pago y el correspondiente derecho de crédito.

Ha sido el propio legislador quien, con meridiana claridad, ha especificado el objeto de protección del delito de alzamiento de bienes. La voluntad del legislador queda plasmada en el art. 257. 2 del CP, en el que se señala que el delito de alzamiento de bienes <<será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o particular>>⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 45.

⁶⁴⁹ El art. 257. 2 del CP tipifica una realidad que ya se venía aplicando por los tribunales de justicia. En este sentido puede verse la SAP de Toledo de 23 de abril de 2003 o la SAP de Burgos de 13 de octubre de 2000. Según el texto de ambas sentencias, la responsabilidad universal establecida en el art. 1.911 del C.c constituye la garantía de cualquier tipo de obligación, siendo indiferente que el acreedor lo sea por una relación civil, mercantil, tributaria o de otra naturaleza. Añade la SAP de Cáceres de 27 de octubre de 2001 que de no entenderse de este modo se colocaría al deudor tributario en una situación de impunidad y se crearía un precedente aborrecible.

Como puede observarse, el art. 257. 2 del CP añade un dato determinante a la hora de definir el contenido del interés jurídicamente tutelado, esto es, las deudas u obligaciones salvaguardadas por el delito de alzamiento de bienes presentan una doble naturaleza: pública o privada. Si además se tiene presente que en el procedimiento concursal también se incluyen en la masa de acreedores a los trabajadores y a la Hacienda Pública, cabe concluir que, en general, en todos los delitos de insolvencia punible se tutela tanto el crédito público como privado.

Aclarado cuál es el objeto de protección y la preceptiva existencia de la deuda, parece oportuno detenerse en el análisis de éste último concepto. El examen de su contenido y elementos no sólo es necesario por la ineludible existencia de la deuda sino también porque algunos de esos elementos son determinantes en el examen de otros aspectos del delito. Así sucede por ejemplo con el concepto de vencimiento de la deuda, que adquiere suma importancia a la hora de fijar la consumación del delito.

a) El vínculo obligacional: concepto y elementos.

El término obligación puede ser definido como el vínculo jurídico que liga a dos o más personas, en virtud del cual una de ellas -deudor- queda sujeta a realizar una prestación a favor de otra -acreedor- para la satisfacción de un interés de éste digno de protección. A éste último le asiste el denominado derecho de crédito, que le otorga el poder para exigir el cumplimiento de la obligación contraída⁶⁵⁰. El derecho de crédito puede definirse por tanto como <<toda situación de poder jurídico, económico y social, que el ordenamiento concede a la persona del acreedor para la tutela y logro de su interés>>⁶⁵¹.

Partiendo del concepto de obligación dado, las obligaciones pueden ser analizadas desde dos perspectivas distintas, esto es, desde el punto de vista del deudor y del acreedor. Así entendido, en el momento en que dos o más sujetos se unen mediante el vínculo jurídico obligacional se puede hablar una situación bipolar compuesta por la deuda y el crédito⁶⁵². El deudor contrae una deuda y el acreedor obtiene como contrapartida un derecho de cobro, es decir, un derecho de crédito⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Vid. **ALBALADEJO, M.**, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit., p. 15.

⁶⁵¹ Cfr. **DÍEZ-PICAZO, L.**, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid 1996, p. 102.

⁶⁵² Vid. **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 119.

⁶⁵³ Vid. **ALBALADEJO, M.**, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit., p. 16.

Tras contraer la obligación, el deudor queda sometido al cumplimiento de la obligación en los términos que se haya especificado. Si el deudor no cumple con lo establecido, éste responde con el total de sus bienes presentes y futuros. Como ya se dijo en el Capítulo Segundo, esta garantía de cobro que asiste al acreedor se instituye en el art. 1.911 del C.c. y le permite hacer valer el poder de constricción para hacer efectivo el cobro. En definitiva, deuda y responsabilidad patrimonial son dos elementos institucionales del fenómeno de la obligación, que no constituyen relaciones jurídicas independientes y autónomas⁶⁵⁴.

Por su parte, el deudor también goza de ciertas facultades en la relación jurídico- obligacional. El Derecho le permite al sujeto obligado al pago liberarse de su responsabilidad en caso de cumplimiento y le asiste, además, toda una serie de facultades defensivas frente al acreedor, tales como la interposición de excepciones. A su vez, el acreedor está obligado jurídicamente a actuar de buena fe y a colaborar con el deudor para cumplir con lo exigido y obtener así su liberación⁶⁵⁵.

Junto a la necesidad de que concurren al menos un deudor y un acreedor, para poder hablar de la existencia de un vínculo obligacional es indispensable que se fije el contenido de la obligación, es decir, que se establezca la prestación debida. Es en el art. 1.088 del Cc. donde se fija el contenido de toda prestación. Así, y siguiendo el texto del citado artículo, la prestación se ha de realizar a favor del acreedor y puede consistir en una conducta de dar, hacer o no hacer alguna cosa. No obstante, puede decirse que el hecho de <<dar>> implica realmente una acción positiva, por lo que las obligaciones que implican una acción de <<dar>>, bien podrían incluirse en la categoría de las prestaciones de <<hacer>>. Así parecen sostenerlo en la doctrina civil autores como LACRUZ, para quien toda prestación consiste en un hacer u omitir⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ Vid. **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 120. Por su parte, ALBALADEJO matiza esta afirmación diciendo que es posible encontrar excepciones a esta regla. Se trataría de obligaciones en las que el deudor sólo cumple si voluntariamente así lo decide y no puede ser compelido al pago. Se trataría de casos como las obligaciones que ya se extinguieron por prescripción o las obligaciones modales en las que el incumplimiento no implica la afectación de su patrimonio. Vid. **ALBALADEJO, M.**, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit., p. 16.

⁶⁵⁵ Cfr. **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, cit., p. 3.

⁶⁵⁶ Cfr. **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, cit., p.3.

A su vez, toda prestación positiva o negativa debe ser posible, lícita, determinada y valorable en dinero⁶⁵⁷.

El Derecho no admite la posibilidad de que un sujeto se obligue frente a otro a hacer o no hacer algo que intrínsecamente es irrealizable. La imposibilidad puede ser de diversa naturaleza, pudiendo ser material o jurídica, parcial o total, absoluta o relativa, inicial o sobrevenida⁶⁵⁸. Así, es imposible materialmente obligarse a entregar la Luna o, jurídicamente, cosas que estén fuera de comercio⁶⁵⁹. A su vez, la imposibilidad será absoluta si ésta afecta a toda clase de personas - v. gr. entregar la Luna- y relativa si sólo afecta al deudor - v.gr. entregar una cosa que no es suya-. La imposibilidad del cumplimiento de la obligación será inicial si se constata ya desde su nacimiento, tal y como sucede si el deudor se compromete a entregar una cosa que está fuera de comercio. Si, por ejemplo, el deudor se compromete a entregar un libro que tiene en su biblioteca, pero ésta se quema por un incendio, la imposibilidad será sobrevenida. Cuando la imposibilidad es absoluta, total o inicial, la obligación no llega a nacer. Por el contrario, cuando la imposibilidad es relativa, parcial o sobrevenida, la obligación sí nace y el acreedor tiene derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios⁶⁶⁰.

Por su parte, la exigencia de la licitud responde a que el Derecho no puede amparar una relación obligacional antijurídica. Será ilícita la prestación contraria a la ley, a la moral, a las buenas costumbres o al orden público -art. 1.255 del C.c-. Un claro ejemplo de este fenómeno sería aquella situación en la que un sujeto se compromete frente a otro a cometer un delito a cambio de dinero⁶⁶¹.

Finalmente, la necesidad de que la prestación sea determinada o sea determinable evita que su cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes.

⁶⁵⁷ Así lo entiende la mayoría de la doctrina civil. Vid. por todos **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, cit., p. 56. En contra puede verse **RAGEL SÁNCHEZ, L-F.**, *Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Librería Técnica Universitaria, Cáceres 1997, p. 40.

⁶⁵⁸ Vid. esta clasificación en **ALBALADEJO, M.**, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit., pp. 21 a 24.

⁶⁵⁹ Vid. **LETE DEL RÍO, J-M./ LETE ACHIRICA, J.**, *Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Elcano 2005, p. 60.

⁶⁶⁰ Vid. **LETE DEL RÍO, J-M./ LETE ACHIRICA, J.**, *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 61 o **LASARTE, C.**, *Principios de Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones*, cit., p. 54.

⁶⁶¹ Vid. **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, cit., p. 59.

Que la prestación sea determinada significa que desde el nacimiento de la obligación la prestación no puede ser confundida con otra, ya que está debidamente caracterizada e individualizada. A su vez, que la prestación sea determinable implica que no se ha identificado plenamente cuando nace la obligación pero se ha previsto la forma de hacerlo posteriormente sin necesidad de recurrir a un ulterior acuerdo entre las partes. A este respecto pueden verse los arts. 1.261 y 1.273 del C.c, en los que se establece que todo objeto de un contrato debe ser cierto y ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo contrato entre las partes. Sostener lo contrario permitiría que el acreedor pudiese pedir lo que quisiese, y al deudor cumplir cuando lo creyese oportuno⁶⁶².

Una vez establecida la prestación, lo común será que el deudor en el momento y lugar establecido efectúe el pago, o lo que es lo mismo, que cumpla con lo pactado a su debido tiempo. Para poner fin a la relación obligatoria, el deudor o un tercero en su nombre o por cuenta propia⁶⁶³ deben cumplir mediante la ejecución exacta de la prestación debida. El pago debe realizarse al acreedor como titular del derecho de crédito o a su representante o persona autorizada para recibirlo.

b) Clases de obligaciones.

El vínculo obligacional nace, tal y como se expresa en el art. 1.089 del C.c, de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Consecuentemente, las obligaciones pueden tener su origen en la autonomía privada de las partes, entendida como el poder del individuo de constituir sus propias relaciones privadas, como de la soberanía del Estado, creando entre los particulares relaciones obligatorias, sin contar para ello con la voluntad de

⁶⁶² Vid. **ALBALADEJO, M.**, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit., p. 25.

⁶⁶³ Aunque sólo puede decirse que el deudor es el sujeto obligado al cumplimiento de la deuda, lo cierto es que puede suceder que el pago lo realice una persona diferente de éste. En ocasiones se tratará de un representante que actúa en su nombre y en otras muchas de un tercer sujeto que actúa por voluntad propia - art. 1.158 C.c-. En principio al acreedor no debería importarle este dato y los efectos derivados del pago pueden ser diversos. Así, puede que se produzca una subrogación en el crédito o que éste se extinga pero nazca otra obligación diferente, que une al deudor con el tercero. Puede verse al respecto **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, cit., pp. 167 y ss.

éstos. Las fuentes de las obligaciones serían por tanto dos, a saber, la voluntad de las partes y la ley⁶⁶⁴.

Cuando es la ley la que impone la obligación, habrá de atenderse a la naturaleza de dicha ley, es decir, a si se trata de una norma de Derecho público o privado⁶⁶⁵. En este sentido cuando la ley pertenezca al sector del Derecho privado también la obligación ostentará tal estatus. Piénsese por ejemplo en la obligación de pago de alimentos recogido en el art. 143 del C.c. Si contrariamente el nacimiento de la obligación procede de la aplicación de una norma de Derecho público, también entonces la obligación tendrá carácter público. Así sucede por ejemplo con la obligación de pago de tributos o de las cuotas de la Seguridad Social y el pago de las costas procesales. Lo mismo puede decirse de las subvenciones, becas u obligaciones surgidas de una expropiación forzosa. La concesión de ayudas públicas se establece en convocatorias públicas y las expropiaciones por la Ley de expropiación forzosa, todas ellas normas de Derecho público.

Por su parte, cuando la obligación nace de los contratos o cuasicontratos, lo que hace surgir la obligación es la voluntad de las partes. El contrato puede definirse como el negocio jurídico por excelencia para la asunción de obligaciones entre los particulares y en él, mediante la convergencia de las voluntades de las partes, se consagra el principio o dogma de la autonomía de la voluntad⁶⁶⁶. Esta autonomía se ve coartada y regulada mediante a ley, que regula la capacidad, la materia lícita y la forma del contrato⁶⁶⁷. Piénsese por ejemplo en un contrato de compraventa o de arrendamiento urbano. La autonomía privada puede dar lugar, a su vez, a contratos de naturaleza civil o mercantil, de forma que a efectos legales cabe distinguir, entre otros, entre un contrato de compraventa civil y mercantil. La diferencia viene marcada por el art. 2 del C.co y el concepto de los actos de comercio. Así por ejemplo, una compraventa entre comerciantes constituye un claro ejemplo de acto de comercio. Se trataría por tanto de un contrato mercantil de compraventa y las condiciones para su concreción se encuentran en las disposiciones mercantiles.

⁶⁶⁴ Vid. **LASARTE, C.**, *Principios de Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones*, cit., p. 28.

⁶⁶⁵ Sobre las ramas del Derecho que pertenecen al sector del Derecho privado y público, así como los criterios de delimitación entre uno y otro puede verse **CAPILLA RONCERO, F.**, (Coord), *Introducción al Derecho Patrimonial Privado*, Tirant lo blanch, Valencia 2004, pp. 44 y ss.

⁶⁶⁶ Vid. **LETE DEL RÍO, J-M.**, *Derecho de Obligaciones. Vol. II. El contrato en general. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid 1998, p. 24.

⁶⁶⁷ Vid. **LETE DEL RÍO, J-M.**, *Derecho de Obligaciones. Vol. II. El contrato en general. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 24.

También es posible que se celebren contratos entre los particulares y el Estado. De ser así, en ocasiones la obligación será pública y en otras privada. Determinados contratos celebrados por las Administraciones públicas se rigen por normas de Derecho privado -v. gr. una compraventa-, otros sin embargo se rigen por normas administrativas -art. 5.3 LCA-⁶⁶⁸. En este último supuesto las obligaciones contraídas presentan naturaleza pública. Así sucede por ejemplo con los contratos de obras públicas o de suministros.

Finalmente, es posible que la obligación surja de actos ilícitos o en los que exista algún tipo de negligencia o culpa. En este sentido las obligaciones podrán tener carácter público o privado según la naturaleza de la norma que contemple la conducta ilícita.

En este sentido, tendrán naturaleza pública las obligaciones de pago surgidas de la comisión de delitos⁶⁶⁹. Así sucede por ejemplo con la obligación del pago de la pena de multa ya que su origen es una norma de Derecho público, esto es, el Código Penal. Sobre este concreta cuestión de las obligaciones que surgen con motivo de la comisión de delitos, ha de advertirse de que, en contra de lo que algunos autores sostienen⁶⁷⁰, la responsabilidad civil derivada <<ex delicto>> no es en modo alguno una deuda de naturaleza pública sino privada⁶⁷¹.

Es cierto que las normas penales no sólo regulan las consecuencias penales ante la comisión de los delitos sino también las obligaciones civiles que se deriven de ellos -art. 1.092 C.c-⁶⁷². Si con la comisión del delito se han provocado daños, su reparación se prevé comúnmente en la sentencia condenatoria. Dicha sentencia genera entonces un vínculo obligatorio -v. gr. una indemnización- entre el condenado y el perjudicado que, a pesar de

⁶⁶⁸ Vid. **COSCULLUELA MONTANER, L.**, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid 2003, pp. 392 y 395. Ha de indicarse que las normas de Derecho privado se aplican respecto de su cumplimiento y extinción pero no de su preparación y adjudicación, que se regirán en todo caso por normas administrativas especiales o, en último término, por la LCA.

⁶⁶⁹ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 43.

⁶⁷⁰ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 49 o **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 231.

⁶⁷¹ Vid. **QUINTERO OLIVARES, G./ CAVANILLAS MÚGICA, S./ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.**, *La responsabilidad civil <<ex delicto>>*, Aranzadi, Elcano 2002, pp. 25, 178 y 180.

⁶⁷² Vid. **PUIG BRUTAU, J.**, *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho General de Obligaciones*, Bosch, Barcelona 1988, p. 48.

recogerse en un pronunciamiento penal, tiene naturaleza privada. Su propio nombre lo indica se trata de una clase de <<responsabilidad civil>> que se deriva de un hecho específico, esto es, el delito o falta. Evidencia esta naturaleza privada el hecho de que esta consecuencia jurídica del delito no es tanto la respuesta ante la ofensa a un bien jurídico penal como la necesidad de compensar a su titular por el daño o perjuicio sufrido⁶⁷³. Al mismo tiempo, ha de recordarse que también es posible que en la querrela se solicite la reserva del ejercicio de las acciones civiles para utilizarlas ante le juez civil. Si una cuestión de <<responsabilidad civil>> es resuelta por un juez civil no parece muy adecuado entender que se trata de una obligación pública por mucho que su origen haya sido la comisión de un delito.

Por su parte, la responsabilidad extracontractual que se deriva de la comisión de ilícitos civiles tiene su regulación en el Código Civil. Así por ejemplo, según el art. 1.905 del C.c el poseedor de un perro es responsable de los daños que éste pueda causar si se demuestra la concurrencia de la culpa o negligencia. Lo mismo ocurre cuando se producen daños derivados del estado ruinoso de un edificio, siempre y cuando se pruebe que son causa de la falta de las reparaciones necesarias por parte del propietario - art. 1.907 C.c-. La producción de daños por una y otra conducta lleva aparejada una indemnización que genera un crédito a favor del perjudicado.

En definitiva, puede afirmarse por tanto que las obligaciones contraídas o impuestas tendrán carácter público o privado dependiendo de la naturaleza de las normas que la rigen.

Con todo, sea cual sea la naturaleza de las obligaciones, todas ellas deben consistir, tal y como se expuso en el epígrafe anterior, en una prestación de dar, hacer o no hacer. Si bien esta primera clasificación es correcta, la doctrina ha establecido una más específica de aplicabilidad a todo el conjunto de las obligaciones. Así se suele diferenciar entre obligaciones genéricas o específicas, divisibles o indivisibles, líquidas o ilíquidas y de cosa determinada o pecuniarias⁶⁷⁴.

Debe indicarse que esta última categoría de obligaciones es la más relevante, ya que las obligaciones pecuniarias son las más comunes y

⁶⁷³ Vid. **QUINTERO OLIVARES, G./ CAVANILLAS MÚGICA, S./ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.**, *La responsabilidad civil <<ex delicto>>*, cit., pp. 20, 25 y 26.

⁶⁷⁴ La enumeración de las clases de obligaciones puede verse más ampliamente en **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, cit., pp. 61 a 102 o en **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, cit., pp. 135 a 152.

frecuentes en el tráfico jurídico y económico. Dichas obligaciones consisten en la entrega de una cantidad de dinero y, de ahí, su enorme importancia y trascendencia. El dinero es el instrumento por excelencia de intermediación en los cambios económicos⁶⁷⁵. Basta por ejemplo citar las deudas tributarias, ya que el pago en especie es prácticamente inexistente en el ordenamiento fiscal⁶⁷⁶.

Con todo, aunque las deudas pecuniarias se han convertido en las más habituales, a efectos del delito de alzamiento de bienes quedan abarcadas todas las clases de deudas apuntadas. Incluso aquellas que implican un hacer o no hacer pueden constituir el presupuesto de existencia de la deuda, aunque sólo sea por el hecho de que su incumplimiento puede dar lugar a una condena pecuniaria⁶⁷⁷. Basta, por lo tanto, que la obligación contraída tenga contenido patrimonial o, cuando menos, que sea evaluable económicamente⁶⁷⁸.

c) El cumplimiento de la obligación y los mecanismos *extra muros* al Código Penal de protección frente al incumplimiento de la prestación debida.

Como ya se expuso anteriormente, el cumplimiento de la obligación debe realizarse en la forma pactada. En principio, la exactitud en el cumplimiento se caracteriza por la identidad, la integridad e indivisibilidad de

⁶⁷⁵ La doctrina civil distingue a su vez entre las deudas de suma, las deudas de moneda individual y las deudas de especie monetaria. En las primeras la prestación consiste en la entrega de una determinada cantidad de dinero y los signos o piezas monetarias son indiferentes con tal de que posean curso legal. No es relevante en este caso que si se debe una cantidad de 1000 euros, esta obligación sea pagada mediante billetes de 100 o 200 euros, siempre que el deudor proporcione al acreedor la cantidad fijada en el momento de asumir la obligación. Contrariamente, no sucede así con las deudas de especie monetaria, mediante las cuales deudor y acreedor señalan como circunstancia esencial las piezas monetarias con las que debe hacerse el pago. En este tipo de obligaciones, las partes establecen, por ejemplo, que el pago debe efectuarse únicamente en billetes de 100 euros. Diferente a estas dos clases de deudas pecuniarias es el supuesto en el que se especifica las concretas monedas que deben ser entregadas para cumplir la obligación contraída. Al acreedor le interesan unas concretas y determinadas piezas, por lo que realmente este tipo de obligaciones no son en esencia deudas pecuniarias sino de entrega de cosa concreta, del mismo modo que lo es la entrega de un piso o un coche. Vid. **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 136.

⁶⁷⁶ Vid. **CALVO ORTEGA, R.**, *Derecho Tributario. Parte General*, Civitas, Elcano 2005, p. 289.

⁶⁷⁷ Vid. **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A.**, (*Dir*), *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 616.

⁶⁷⁸ Vid. **MORENO VERDEJO, J.**, “El tratamiento de las insolvencias en el nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, Expansión, nº 2, Madrid 1996, p. 131.

la prestación⁶⁷⁹. Estos requisitos establecidos en los artículos 1.166, 1.157 y 1.169 del C.c respectivamente, pueden sin embargo variarse si las partes así lo deciden.

La exactitud exigida se refiere no sólo al contenido de la prestación debida sino también al tiempo del cumplimiento. Toda obligación debe ser cumplida a su debido tiempo y, en este sentido, las obligaciones pueden ser puras, a término o a plazo. En el caso de que las partes no hayan pactado nada sobre el momento en que debe efectuarse el cumplimiento, se entiende que éste es exigible inmediatamente. Las obligaciones puras deben cumplirse tan pronto como existen⁶⁸⁰. Frente a ellas, las obligaciones sometidas a término o plazo implican la existencia del crédito, pero el pago de la obligación no es exigible hasta el momento de su vencimiento⁶⁸¹. Se trata en definitiva de la concesión de crédito al deudor, ya que el vencimiento de la deuda se pospone a un momento posterior al de la asunción de la obligación. El aplazamiento puede producirse de dos formas diferentes, bien fijando una fecha concreta en la que la deuda vence, bien fijando un período de tiempo durante el que el pago se puede efectuar. En las obligaciones sometidas a término las partes fijan voluntariamente el momento en que se entiende que la obligación vence y, por tanto, deviene exigible. Por su parte, en las obligaciones a plazo, lo que se establece es un período de tiempo, a lo largo del cual el deudor puede hacer efectivo el cumplimiento.

De lo dicho hasta el momento, cabe afirmar que es posible diferenciar tres elementos relevantes respecto del cumplimiento de la deuda: su <<nacimiento>>, <<vencimiento>> y <<exigibilidad>>. Estos dos últimos requisitos van íntimamente unidos, pues si la deuda no está vencida no puede el acreedor exigir su pago. Siguiendo el esquema expuesto, cuando las obligaciones son puras el momento de nacimiento, vencimiento y exigibilidad coinciden. Contrariamente, en las obligaciones sometidas a término o plazo se retrasa el vencimiento y la exigibilidad de la obligación, por lo que el acreedor no puede reclamar la prestación, ni el deudor ser compelido al pago antes del vencimiento. Sólo en ciertos casos puede efectuarse el pago anticipado y

⁶⁷⁹ Cfr. **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, cit., p. 138.

⁶⁸⁰ Cfr. **ALBALADEJO, M.**, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit., p. 136.

⁶⁸¹ Vid. **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, cit., p. 146.

siempre que las partes lo hubiesen pactado en el momento de contraer la deuda o posteriormente mediante acuerdo de ambos⁶⁸².

Una vez que la deuda vence y el deudor no se aviene a cumplir con lo pactado o el cumplimiento no es exacto, el Derecho reacciona mediante la ejecución forzosa o por equivalente y la indemnización de daños y perjuicios⁶⁸³. La ejecución forzosa consiste en obligar al deudor a cumplir con lo pactado o a cumplirlo en sus justos términos, si es que cumplió pero de forma inexacta. De no ser viable el cumplimiento *in natura* se acude subsidiariamente al cumplimiento por equivalente⁶⁸⁴, o lo que es lo mismo, a la sustitución del cumplimiento de la obligación por la entrega al acreedor del equivalente pecuniario de la prestación fallida⁶⁸⁵.

El incumplimiento puede a su vez causar un daño o perjuicio al acreedor. De ahí que las normas civiles prevean que si tal cosa sucede el acreedor pueda solicitar una indemnización por daños y perjuicios. Esta indemnización sólo puede solicitarse, según el art. 1.124 del C.c, cuando en el incumplimiento haya mediado dolo, negligencia o morosidad, y consistirá en una cantidad equivalente al lucro cesante y al daño emergente causado al acreedor⁶⁸⁶.

Como recurso subsidiario se prevé también la denominada <<acción subrogatoria>>, que otorga a los acreedores el poder de ejercitar los derechos y acciones que posee el deudor inactivo. Como explica DIEZ- PICAZO, a veces lo que perjudica al acreedor no es el empobrecimiento voluntario del deudor a través de actos fraudulentos, sino la inactividad, el no ejercitar derechos que le corresponden para adquirir medios de pago⁶⁸⁷. Lo mismo sucede con la acción <<pauliana>> o <<revocatoria>> prevista en el art. 1.111 del C.c para casos en los que se constate un fraude de acreedores⁶⁸⁸. La

⁶⁸² Vid. **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, cit., 149.

⁶⁸³ Vid. **ALBALADEJO, M.**, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit., p. 170.

⁶⁸⁴ Vid. **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 208.

⁶⁸⁵ Cfr. **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, cit., p. 163.

⁶⁸⁶ Vid. **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 210.

⁶⁸⁷ Vid. **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 213.

⁶⁸⁸ Sobre los actos que son considerados en el ordenamiento civil y por la doctrina civil como fraudulentos puede verse extensamente **ALBALADEJO, M.**, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit., pp. 234 a 241. Los son por ejemplo la enajenación de bienes a título gratuito, pues no es justo que el deudor realice liberalidades a terceros, en perjuicio de sus acreedores, cuando carece de otros

citada acción permite al acreedor obtener la rescisión de actos que el deudor ha realizado en su perjuicio y que no están amparados por la ley. Mediante el ejercicio de esta acción civil, los bienes ilegítimamente sustraídos del patrimonio del deudor se reintegran para que el acreedor pueda trabarlos y cobrar el crédito debido. Para el ejercicio de esta acción son requisitos indispensables la causación de un perjuicio real al acreedor como causa de un acto fraudulento cometido por el deudor y que éste se encuentre en estado de insolvencia⁶⁸⁹. Debe matizarse que la insolvencia debe proceder del acto fraudulento que se pretende revocar y no de otros posteriores, ya que entonces la revocación de ese acto no tendría sentido⁶⁹⁰. Al mismo tiempo, la deuda ha de estar vencida para poder ejercitar la acción, ya que lo más común será que el acreedor conozca el fraude en ese preciso momento en el que tiene derecho a cobrar la deuda y no puede hacerlo⁶⁹¹. Por último, ha de indicarse que, a diferencia de la acción subrogatoria en la que el acreedor actúa en nombre del deudor inactivo, en la acción pauliana lo hace en su propio nombre.

Los mecanismos hasta ahora apuntados están destinados a la tutela del incumplimiento de deudas privadas, es decir, de deudas adquiridas en virtud de normas civiles. Basta pensar en una compraventa o un arrendamiento de servicios celebrado entre particulares. No obstante, es posible que la deuda que no se satisface proceda de un ente público, esto es, que el deudor sea una

bienes para pagar a éstos. También se califican como fraudulentos los actos de enajenación onerosos si el deudor tiene conciencia del perjuicio que provoca a su acreedor y el adquirente participa de la maquinación o conoce su lesividad. Concretamente, el art. 1.297 del C.c presume que han sido celebrados en fraude de acreedores todos los contratos mediante los cuales el deudor enajena bienes a título gratuito, así como los consistentes en la realización de enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes. En cuanto a las donaciones, el art. 643 del C.c establece que <<se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella>>.

⁶⁸⁹ Vid. **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 216. En contra puede verse, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 25. Según este último, no se exige que el deudor haya dejado insatisfecho el crédito sino que basta la posibilidad o el peligro de que tal insatisfacción se produzca. Por ello, pueden ejercitar la acción los acreedores cuyos créditos no han vencido o estén pendientes de condición suspensiva. No obstante esta afirmación, el autor añade que el hecho de autoprovocar la insolvencia ha lesionado ya cuando menos la garantía patrimonial del art. 1.911 del C.c.

⁶⁹⁰ Vid. **ALBALADEJO, M.**, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit., p. 231.

⁶⁹¹ Vid. **YZQUIERDO TOLSADA, M.**, “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, cit., p. 279.

Administración pública. En este sentido, el Estado puede asumir deudas que, a su vez, pueden presentar naturaleza pública o privada.

Si una Administración pública realiza una compraventa, arrienda un inmueble de titularidad privada o celebra un contrato de creación literaria, entonces actúa como un sujeto de Derecho privado y se somete a las normas civiles o mercantiles -. En este sentido, las posibles controversias que puedan surgir han de resolverse conforme a normas de Derecho privado y ante la jurisdicción civil⁶⁹², aunque ha de realizarse siempre y de forma preceptiva una previa reclamación en vía administrativa⁶⁹³.

Por su parte y como se expuso anteriormente, si el Estado concede una subvención, una beca, celebra un contrato de suministros, de gestión de servicios públicos o efectúa una expropiación forzosa la deuda contraída presenta naturaleza pública y se rige por normas de Derecho público. Cualquiera de estas obligaciones públicas puede ser impagada y, por supuesto, el Derecho ha previsto medios jurídicos que protejan al acreedor insatisfecho frente al Estado. Y a la inversa, las normas amparan igualmente al Estado en su intento de cobro de deudas públicas como, por ejemplo, el crédito generado por una concesión de explotación de bienes de titularidad pública o un tributo impagado.

Por lo general, el impago de las deudas de carácter público que la Administración ha contraído con un particular se solventan mediante la interposición de reclamaciones en vía administrativa y recursos ante los tribunales contencioso- administrativos⁶⁹⁴.

El requerimiento previo del particular abre una nueva oportunidad de pago extraprocesal para la Administración pública, que puede evitar desde este momento el inicio de un proceso judicial inútil y lento. De esta forma, se le advierte a la Administración de que tiene una prestación legalmente establecida y no cumplida a su debido tiempo. Tras el requerimiento previo es posible que la Administración pague, se niegue a efectuar el pago o simplemente no se manifieste de forma alguna, es decir, que no se pronuncie. En las dos últimas hipótesis el recurso que procede es el aquel que persigue la

⁶⁹² Vid. **PARADA, R.**, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2003, p. 266.

⁶⁹³ Vid. **SANTAMARIA PASTOR, J-A.**, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2002, p. 618.

⁶⁹⁴ Vid. **GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T-R.**, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid 2002, pp. 775 y 776.

condena de la Administración por inactividad⁶⁹⁵. Según el art. 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, <<cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación>>⁶⁹⁶.

En consonancia con el texto del artículo citado, el deudor, ante la negativa de la Administración a atender sus peticiones, puede dirigirse a los tribunales contencioso-administrativos para que condene a la Administración a abonar la deuda -v.gr. el sueldo mensual de un funcionario⁶⁹⁷-, ya que el impago de las obligaciones debidas equivale, en definitiva, a una inactividad o negativa injustificada del pago por parte de la Administración deudora⁶⁹⁸.

Por su parte, si el que no cumple es el administrado, la Administración puede recurrir a la coacción del cumplimiento mediante la ejecución forzosa, haciendo uso sus facultades de autotutela. Para que proceda la ejecución forzosa ha de existir un acto administrativo previo, que será el título de ejecución. La obligación que origina la ejecución forzosa ha de estar vencida o en descubierto, es decir, no ha sido cumplida tras el requerimiento oportuno realizado por la Administración⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ Como indica **HUERGO LORA, A.**, *Las pretensiones de condena en el Contencioso-Administrativo*, cit., p. 217 y 219, notas al pie 13 y 15, la falta de contestación no se equipara entonces a un acto presunto de la Administración, impugnabile por un recurso contencioso-administrativo contra actos de la Administración. Idéntica solución ha de darse si la Administración se niega expresamente al pago. Aunque en ambos casos lo lógico sería entender que lo que el particular impugna son actos administrativos expresos o presuntos, la doctrina opta por no transformar el tipo de recurso que ha de interponerse y mantener la inactividad como fundamento de la demanda ante los tribunales de justicia.

⁶⁹⁶ Ha de aclararse que se parte de la idea de que la Administración pública no niega la existencia de la deuda, sino que no la paga o se niega a pagarla sin fundamento. En este epígrafe se analizan los medios de protección de los derechos de crédito ya reconocidos y ya existentes. Así por ejemplo, en el caso de la concesión de una subvención o una beca, la deuda no se niega, sino que se impaga. Si lo que se discute es la existencia de la deuda, entonces el supuesto cambia y lo que se solicita a los Tribunales es una sentencia declarativa y no condenatoria. Vid. **HUERGO LORA, A.**, *Las pretensiones de condena en el Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Elcano 2000, p. 49.

⁶⁹⁷ Vid. **PARADA, R.**, *Derecho Administrativo I. Parte General*, cit., p. 699.

⁶⁹⁸ Vid. **HUERGO LORA, A.**, *Las pretensiones de condena en el Contencioso-Administrativo*, cit., pp. 46 y 53.

⁶⁹⁹ Vid. **GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T-R.**, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 778.

El art. 96 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que una de las formas mediante las que puede efectuarse la ejecución forzosa es el apremio sobre el patrimonio, medio este que será el que proceda cuando la deuda consiste en la entrega de una cantidad de dinero. El procedimiento de apremio se inicia una vez que se ha notificado al obligado la liquidación de la deuda y como consecuencia del impago en fase de pago voluntario se extienden las certificaciones de descubierto por parte de los servicios correspondientes⁷⁰⁰. Así sucede precisamente con las deudas tributarias, en cuyo procedimiento de recaudación la vía de apremio se pone en marcha si se constata la falta de pago voluntario. Como se dice en el art. 129 de la Ley General Tributaria, <<las certificaciones de descubierto acreditativas de deudas tributarias serán título suficiente para iniciar la vía de apremio y tendrán la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los deudores>>.

Una vez iniciada la vía de apremio, el procedimiento continúa con el embargo de bienes suficientes para dar cobertura a la deuda y finalmente a su subasta pública. El antes citado art. 96 de la LPAC prevé además la posibilidad de la ejecución subsidiaria por sujetos diferentes al obligado principal, la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas, utilizada esta última cuando la obligación consista principalmente en un no hacer⁷⁰¹.

d) Las deudas de Derecho público: especial referencia a las deudas tributarias y de la Seguridad Social⁷⁰².

⁷⁰⁰ Vid. **GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T-R.**, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 788.

⁷⁰¹ En el caso de estos tres procedimientos no procede extenderse en su análisis porque nada aportan al objeto de estudio en este trabajo. Puede verse para una ampliación de su concepto y características **GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T-R.**, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp. 789 y ss. Sí procede por el contrario el examen que se ha hecho de la vía de apremio porque es la forma de ejecución que se aplica en caso de impago de las deudas tributarias y de la Seguridad Social, que son estudiadas en el epígrafe siguiente.

⁷⁰² La razón de analizar concretamente este tipo de obligaciones de carácter público y no otras responde al hecho de que la doctrina penalista se detiene especialmente en la problemática que genera la aplicación del delito de alzamiento ante su impago. La cuestión principal sobre la que se sostiene la polémica gira en torno a la conveniencia o no de darles cobertura legal mediante el delito de alzamiento de bienes. Se discute si la existencia de los delitos de defraudación tributaria y contra la Seguridad Social tipificados en el Título XIV del CP son instrumentos suficientes para la protección de esta clase de crédito público o si, contrariamente, es posible aplicar el delito de alzamiento de bienes. En este epígrafe se exponen las particularidades que estas obligaciones presentan y posteriormente se aborda la problemática apuntada.

Llegados a este punto, es ya conocido por todos que las obligaciones que se asumen puede tener carácter público o privado. El paradigma de deuda pública es precisamente la deuda tributaria, que nace de disposiciones legales y se configura, por tanto, como una obligación legal⁷⁰³. En consecuencia, es la ley, como se verá seguidamente, la que fija los supuestos de nacimiento de la deuda, su cálculo, cumplimiento y aseguramiento del cobro.

La relación jurídica tributaria, instituida por las normas tributarias, es ante todo una relación obligatoria, y presenta como sujetos protagonistas de un lado a la Administración tributaria y de otra a los obligados tributarios. Respecto de la primera de las partes mencionadas debe indicarse que se trata del sujeto activo de la obligación tributaria, pues ocupa la posición acreedora⁷⁰⁴ y que a ella le corresponde exigir el cumplimiento de los tributos. Tal y como expresa la Constitución Española, sólo el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales ostentan el poder financiero⁷⁰⁵. Por su parte, la condición de obligado tributario aparece recogida en los arts. 35 y ss de la Ley General Tributaria y se desarrolla en el Reglamento General Tributario. Según el art. 35. 1 de la LGT, se incluyen dentro de la categoría de obligado tributario, las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias. Esta definición dada por la ley adolece del defecto de ser tautológica, pues lo que viene a decir es que <<son obligados los que tienen obligaciones>>⁷⁰⁶, sin embargo, seguidamente, en el apartado 2º del mismo artículo se realiza una enumeración no cerrada de quienes se consideran sujetos obligados. Entre ellos se encuentran los contribuyentes y sus sustitutos, los retenedores o los repercutidos.

⁷⁰³ Vid. **MENÉNDEZ MORENO, A., (Dir)**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Lex Nova, Valladolid 2005, p. 160.

⁷⁰⁴ Cfr. **MENÉNDEZ MORENO, A., (Dir)**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 239.

⁷⁰⁵ Debe indicarse que no siempre coinciden el titular del poder financiero con el del tributo. Así sucede con las Corporaciones locales, cuyos tributos son establecidos por la ley del Estado o por la Comunidad Autónoma, al no gozar aquellas de poder legislativo. Puede acontecer también que el destinatario de los rendimientos del tributo tampoco coincida con quien ostenta el poder financiero, tal y como sucede con los tributos cedidos. Vid. sobre estas cuestiones, **MARTÍN QUERALT, J./ LOZANO SERRANO, C./ POVEDA BLANCO, F.**, *Derecho Tributario*, Aranzadi, Elcano 2004, p. 130.

⁷⁰⁶ Cfr. **PÉREZ ROYO, F.**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Civitas, Elcano 2005, p. 159.

La relación jurídica tributaria impone a ambas partes obligaciones de carácter formal y material⁷⁰⁷. En este sentido, y a modo de ejemplo, la Administración tributaria debe hacerse cargo de la exacción de los tributos, de devolver ingresos indebidos y de emitir determinadas declaraciones. Por su parte, al obligado tributario se le imponen deberes de declaración, facturación, de uso del NIF y el deber de soportar las inspecciones de la Administración. Desde el punto de vista material debe además pagar las cantidades resultantes de la exacción de los tributos, así como los intereses de demora o los recargos. Como puede observarse, la mayoría de los deberes que las normas tributarias establecen consiste en la entrega de cantidades dinerarias. De ahí que, más allá de las imposiciones formales citadas, la obligación tributaria presente esencialmente naturaleza pecuniaria⁷⁰⁸. Así las cosas, el elemento principal sobre el que gira la relación jurídica obligatoria es el de la deuda tributaria.

La deuda tributaria puede describirse como la cantidad de dinero que se debe al ente público en concepto de tributo⁷⁰⁹, y para su cuantificación se manejan varios parámetros. Ante todo, para poder hablar de deuda tributaria debe existir un hecho imponible, es decir, el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal - art. 20. 1 de la LGT-. Pueden constituir el hecho imponible el consumo de bienes, la obtención de una renta o una inscripción registral. Es posible sin embargo que, a pesar de comprobarse la existencia del hecho imponible, la ley exima del cumplimiento de la obligación tributaria, mediante la alegación de las exenciones tributarias o de supuestos de no sujeción⁷¹⁰.

De no mediar exención alguna, una vez realizado por el deudor el hecho imponible, debe calcularse la base imponible, o lo que es lo mismo, la magnitud dineraria o de otra naturaleza que resulta de la medida o valoración del hecho imponible - art. 50. 1 de la LGT-. En esta operación de cálculo, puede suceder además que, por la existencia de reducciones establecidas en la

⁷⁰⁷ En texto se exponen algunos de los más destacados deberes que recaen sobre ambos sujetos; sin embargo, para una visión más amplia y sistematizada puede verse **PÉREZ ROYO, F.**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 159.

⁷⁰⁸ Vid. **MENÉNDEZ MORENO, A., (Dir)**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 160.

⁷⁰⁹ Cfr. **MENÉNDEZ MORENO, A., (Dir)**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 224.

⁷¹⁰ Vid. al respecto los arts. 20 y 22 de la LGT.

ley, la base imponible se reduzca, obteniendo entonces lo que se conoce como la base liquidable⁷¹¹.

Fijada la base del tributo, es necesario para la obtención de la cuota tributaria la aplicación del tipo de gravamen, que se define por la ley como la cifra, coeficiente o porcentaje que se aplica a la base liquidable para obtener como resultado la cuota íntegra -art. 55. 1 de la LGT-. Como resultado de esta operación se obtiene la cuota tributaria, que junto con el interés de demora y los recargos que la ley impone, conforman el contenido de la deuda tributaria⁷¹².

La realización de todos estos cálculos puede corresponder a dos sujetos diferentes, esto es, a la Administración tributaria como encargada de la gestión e inspección de los tributos o al propio obligado tributario. En el supuesto de que sea la Administración la encargada de liquidar la deuda, ésta debe plasmarse en un acto administrativo resolutorio y puede hacerlo tanto en un procedimiento de gestión como de inspección⁷¹³. Como resultado final de uno y otro procedimiento se procede a la emisión de la liquidación, que será siempre un acto administrativo dotado de eficacia declarativa sobre la existencia e importe de la obligación tributaria. Las liquidaciones pueden ser definitivas o provisionales dependiendo de si su rectificación es posible o no y de si se ha procedido a su comprobación⁷¹⁴. Será definitiva en el caso de que no resulte viable una rectificación de la liquidación sin acudir a la vía de los procedimientos especiales de revisión⁷¹⁵. La rectificación no es factible porque la Administración tributaria ha realizado ya todas las comprobaciones pertinentes y, como expone el Tribunal Supremo, <<dice su última palabra>>⁷¹⁶. Contrariamente, las liquidaciones provisionales sí permiten la rectificación mediante una nueva liquidación, que ha de efectuarse en otro

⁷¹¹ Vid. **MENÉNDEZ MORENO, A., (Dir)**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 215.

⁷¹² Mas extensamente y explicando los tipos de recargos existentes puede verse **MENÉNDEZ MORENO, A., (Dir)**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., pp. 228 y ss.

⁷¹³ Vid. **PÉREZ ROYO, F.**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 231.

⁷¹⁴ Vid. **PÉREZ ROYO, F.**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 235.

⁷¹⁵ Los procedimientos de revisión son aquellos procedimientos previos a la vía contencioso-administrativa mediante los cuales la Administración <<limpia>> aquellos actos administrativos cuya subsistencia es intolerable desde el punto de vista de la legalidad. Estos procedimientos especiales se regulan en el Título V de la LGT y se conocen como declaración de nulidad de pleno derecho, declaración de lesividad de actos anulables, la revocación, la rectificación de errores y la devolución de ingresos indebidos -art. 216 de la LGT-.

⁷¹⁶ Vid. STS de 24 de septiembre de 1999.

procedimiento tributario en el que se aporten nuevos elementos a enjuiciar. Es posible hablar de liquidaciones provisionales en los procedimientos de gestión, mientras que en la inspección, debido a que ya se han realizado todas las comprobaciones oportunas, las liquidaciones tendrán carácter definitivo - art. 101.3 de la LGT-. Una vez liquidada la deuda se procede a su notificación y se inicia la fase conocida como recaudación.

Por su parte, cuando se trata de una liquidación llevada a cabo por el propio obligado tributario, la denominación que se utiliza es la de <<autoliquidación>>. Mediante la autoliquidación el obligado tributario declara y liquida su obligación⁷¹⁷, pudiendo la Administración tributaria verificarla y, en su caso, efectuar la liquidación que proceda⁷¹⁸. Si bien el acto de liquidación presenta naturaleza administrativa, no sucede lo mismo con las autoliquidaciones, que simplemente son actos del sujeto pasivo realizados en cumplimiento de su deber legal de colaborar con la Administración tributaria⁷¹⁹. Las autoliquidaciones constituyen, al hilo de lo expuesto en el párrafo anterior, uno de los ejemplos más claros de liquidación provisional⁷²⁰, ya que la declaración y los cálculos realizados por el deudor pueden ser

⁷¹⁷ Algunos autores entienden que con las autoliquidaciones se ha producido una privatización de la gestión tributaria, ya que los contribuyentes tienen el deber de interpretar la ley, cuantificar la deuda e ingresarla. Vid. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, en *Estudios Financieros*, núm. 256, p. 9.

⁷¹⁸ Dice el art. 120 de la LGT: *Autoliquidaciones*.

1. Las autoliquidaciones son declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda tributaria o, en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar.

2. Las autoliquidaciones presentadas por los obligados tributarios podrán ser objeto de verificación y comprobación por la Administración, que practicará, en su caso, la liquidación que proceda.

⁷¹⁹ Vid. **MENÉNDEZ MORENO, A., (Dir)**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 321. A diferencia del caso español, en otros ordenamientos jurídicos como el portugués sí se les otorga la naturaleza jurídica de actos administrativos, o al menos así lo contemplan algunos autores. Vid. **VILHENA DE FREITAS, L.**, “A autoliquidação: contributo para uma análise da sua natureza jurídica”, en *Ciência e técnica fiscal*, nº 405, Centro de estudos e apoio às políticas tributárias, Boletim da administração Geral Tributária, 2002, pp. 15, 40, 47 y 49.

⁷²⁰ Cfr. **CALVO ORTEGA, R.**, *Derecho Tributario. Parte General*, cit., p. 284. En contra de esta idea puede verse **FERNÁNDEZ MARÍN, F.**, *Las liquidaciones tributarias*, Comares, Granada 2000, p. 188.

modificados por la Administración en vía de gestión o inspección con una nueva liquidación⁷²¹.

Si la fase de liquidación tiene por finalidad fijar la cantidad debida por el obligado tributario, la fase de recaudación persigue hacer efectivo el cobro⁷²². Tal y como expone el art. 160 de la LGT, <<la recaudación consiste en el ejercicio de las funciones administrativas conducentes al cobro de las deudas tributarias>>. Este mismo artículo prevé dos períodos diferentes para efectuar el pago, esto es, los períodos voluntario y ejecutivo. Como su propio nombre indica, el período voluntario lleva implícito el pago de la deuda por iniciativa del deudor dentro de los plazos que para ello la ley prevé⁷²³, mientras que, contrariamente, el período ejecutivo lleva aparejado el cobro mediante la vía de apremio.

Este procedimiento de apremio puede describirse como el cauce formal mediante el cual la Administración tributaria trata de lograr la efectividad de la función recaudatoria consistente en el exacto cumplimiento de la prestación tributaria, actuando coercitivamente, si es preciso, contra el patrimonio del deudor, ordenando para ello la ejecución de sus bienes⁷²⁴. De esta definición se extraen como caracteres principales que se trata de un procedimiento

⁷²¹ A este respecto debe indicarse que las autoliquidaciones pueden comprobarse de oficio por la Administración tributaria y ser controladas tanto en procedimientos de gestión como de inspección. En la fase de gestión, la supervisión y el control se realiza mediante los procedimientos de verificación de datos, de comprobación limitada y el procedimiento de devolución que las normas de los distintos tributos contemplan. La principal diferencia entre unos y otros viene dada por la intensidad con la que se lleva a cabo el control. La verificación de datos es una mera comprobación formal frente a los otros dos procedimientos que se dotan ya de carácter inquisitivo, al desplegarse una actividad de comprobación más exhaustiva. La liquidación resultante del procedimiento de que se trate participa todavía de la naturaleza de liquidación provisional, aunque algunos autores entienden que en los supuestos de comprobación limitada la liquidación resultante se acerca más a las liquidaciones definitivas. Contrariamente a lo que sucede en este caso, cuando se produce una actividad inspectora es claro que la liquidación provisional se transforma en una liquidación definitiva. Vid. extensamente **PÉREZ ROYO, F.**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., pp. 261 y ss.

⁷²² Vid. **CALVO ORTEGA, R.**, *Derecho Tributario. Parte General*, cit., p. 282.

⁷²³ También es posible, según el art. 27 de la LGT, que se efectúe el pago voluntario extemporáneo. Como se deduce de su propio nombre, esta modalidad de pago presupone voluntariedad por parte del deudor pero fuera del plazo establecido en la ley, y siempre que no medie previamente requerimiento administrativo. Los efectos más destacados son la imposición de recargos, que varían según el tiempo que exceda de los plazos comunes establecidos para el pago voluntario. Sobre estas cuestiones puede verse más extensamente **MARTÍN QUERALT, J./ LOZANO SERRANO, C./ POVEDA BLANCO, F.**, *Derecho Tributario*, cit., pp. 190 a 192.

⁷²⁴ Cfr. **MENÉNDEZ MORENO, A., (Dir)**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 372.

exclusivamente administrativo, autónomo y ejecutivo, que persigue esencialmente el cobro del tributo y la protección del crédito público. No obstante lo dicho, debe resaltarse que la actual proliferación de los procedimientos de autoliquidación difumina la línea divisoria entre la fase de gestión y liquidación con la de recaudación⁷²⁵. El hecho de que en las autoliquidaciones el encargado de calcular e ingresar la deuda sea el sujeto activo, y que todo ello se realice en un mismo acto, dificulta la nítida separación entre una y otra fase.

Idéntico panorama se presenta cuando se trata de las cantidades que deben ser abonadas en concepto de cuotas para la Seguridad Social⁷²⁶. Dice el art. 41 de la Constitución Española que <<los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes>>. Este mandato constitucional necesita, para ser cumplido, una considerable inversión de dinero. En orden a financiar los gastos que ocasiona la creación y mantenimiento de un régimen público de estas características, se ha articulado en nuestro país un sistema de financiación que pivota sobre dos formas de obtención de recursos. De un lado, mediante la contribución de los beneficiarios y los empleadores, y de otro, a través de un impuesto de carácter general.

En el primer caso, los recursos son aportados por trabajadores y empleadores mediante el pago de la cuota correspondiente a la Tesorería General de la Seguridad Social. Tal obligación de pago nace en el momento en que se inicia la actividad laboral, presumiéndose que ese comienzo se produce en la fecha de afiliación o alta en la Tesorería General de la Seguridad Social⁷²⁷.

Nuevamente debe distinguirse entre dos fases diferenciadas, es decir, la liquidación de las cuotas y su recaudación. La primera de ellas, la liquidación, persigue la fijación del importe de la cuota y se calcula aplicando un porcentaje denominado tipo de cotización a la base de cotización. La base de cotización y el tipo de cotización deben, según el art. 16 de la Ley General de la Seguridad

⁷²⁵ Vid. **PÉREZ ROYO, F.**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 232.

⁷²⁶ Respecto de la naturaleza jurídica de las cuotas de la Seguridad social debe decirse que actualmente está mayoritariamente aceptado que se trata de figuras de derecho público. Más discutida es su inclusión dentro de la categoría de tributos o de prestaciones patrimoniales de carácter público. Vid. **MONTOYA MELGAR, A., (Coord)**, *Curso de Seguridad Social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid 2000, p. 137 y 138.

⁷²⁷ Vid. **MONTOYA MELGAR, A., (Coord)**, *Curso de Seguridad Social*, cit., p. 326.

Social y art. 10. 3 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación, ser fijados anualmente por el Estado en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales⁷²⁸.

Por su parte, en fase de recaudación lo que se persigue es hacer efectivos los ingresos de las cuotas debidas, sea en período voluntario o ejecutivo. La competencia recaudatoria pertenece, según los arts. 18 de la Ley General de la Seguridad Social y 2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, a la Tesorería General de la Seguridad Social, que puede recibir el pago voluntariamente o reclamarlo por vía de apremio.

Por norma general, las cuotas se ingresan por mensualidades vencidas dentro del mes siguiente en el que se devengan. En el caso de que el ingreso procedente no se efectúe caben dos posibilidades, a saber, la reclamación administrativa o la expedición de las actas de liquidación⁷²⁹. Si a pesar de esta nueva reclamación el deudor no se aviene a saldar su deuda se abre la vía ejecutiva y se inicia el procedimiento de apremio.

IV. 2- Las características de la deuda en el Derecho penal.

No puede decirse que el Derecho penal maneje un concepto de vínculo obligacional o de deuda diferente al utilizado en el Derecho civil, mercantil, laboral o tributario. De hecho, la razón que justifica los epígrafes anteriores es precisamente el hecho de que tanto el concepto de deuda, sus clases, así como los términos de vencimiento o exigibilidad de la deuda son idénticos.

Por todo ello, cuando se dice que para sancionar una conducta de alzamiento de bienes se necesita la existencia de una deuda previa, ésta puede consistir en una prestación genérica o determinada, pecuniaria o no, sometida a plazo o término. En conclusión, cualquier tipo de relación obligatoria sirve para cumplimentar el requisito indispensable de la existencia del vínculo

⁷²⁸ Tanto la base como el tipo de cotización varían en relación con las diferentes contingencias que la LGSS prevé. Así, ambos parámetros varían según se trate de contingencias comunes, profesionales, desempleo o por horas extraordinarias. Las contingencias pueden ser definidas como las situaciones de riesgo que afectan a la capacidad laboral del trabajador producidas por enfermedades, accidentes, fallecimiento, ya sea por causa profesional o común, por la llegada de una edad que imposibilite continuar trabajando, por pérdida de empleo, o por cargas familiares. Vid. **BLASCO LAHOZ, J-F./ LÓPEZ GANDÍA, J./ MOMPALER CARRASCO, M-A.**, *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia 2005, p. 263.

⁷²⁹ Sobre este concepto y los casos en que procede puede verse **ALONSO OLEA, M./ TORTUELO PLAZA, J-L.**, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid 2000, pp. 484 a 487.

obligacional previo. Con todo y por lo general, los delitos de alzamiento de bienes suelen llevarse a cabo para eludir el pago de obligaciones pecuniarias. Tanto es así que la SAP de Castellón de 24 de mayo de 1999 señala que uno de los requisitos del delito es <<la existencia de un derecho de crédito por parte del acreedor y, en consecuencia unas obligaciones dinerarias por parte del deudor>>.

Con todo, esta última afirmación precisa ser matizada en determinados aspectos. Así, uno de los extremos más polémicos ha sido la inclusión del crédito público como objeto de tutela por parte del Derecho penal y la cuestión de si la deuda ha de estar vencida o no para entender consumado el delito.

a) La inclusión del crédito público.

Respecto del primer aspecto apuntado, debe decirse que esa novedosa inclusión ha sido uno de los aspectos del delito de alzamiento de bienes más debatidos en la doctrina antes y después de la entrada en vigor del actual Código Penal. Inicialmente, la polémica se circunscribía principalmente a establecer si el crédito público, procedente por ejemplo de las obligaciones fiscales o de las cuotas de cotización de la Seguridad Social, podía ser objeto de protección a través de los delitos de insolvencia, o si debía excluirse, al existir otros mecanismos de garantía específicos para su amparo legal. Entre esos otros mecanismos de protección se encuentran, entre otros, el Derecho sancionador administrativo o el propio Derecho penal mediante la aplicación de figuras delictivas *extra* muros a los tipos de alzamiento y a los delitos concursales⁷³⁰. Autores como MUÑOZ CONDE se decantaban por la exclusión del crédito público y entendían que sólo las obligaciones pertenecientes al ámbito del Derecho privado podían ser amparadas por el delito de alzamiento de bienes. En el caso de que las obligaciones se basaran en presupuestos distintos a los del Derecho privado, en las que los sujetos no estaban en relación de igualdad como es el caso de las obligaciones tributarias, el delito de alzamiento de bienes no resultaba operativo⁷³¹. Únicamente cuando se tratara de obligaciones contractuales entre Estado y un sujeto

⁷³⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 75 y 76 o REY GONZÁLEZ, C., “El delito de alzamiento de bienes en el Código Penal vigente”, cit., p. 760.

⁷³¹ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., “Las insolvencias punible a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 18.

privado, en las que el primero fuese acreedor, el delito de alzamiento de bienes podía ser aplicado⁷³².

La discusión quedó zanjada tras la entrada en vigor de LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ya que expresamente en los arts. 257. 2 y 258 se da entrada explícita al crédito público. El art. 257. 2 habilita la aplicación del delito de alzamiento de bienes con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada. Decisión esta que la jurisprudencia ha calificado como adecuada porque, de no entenderse de este modo, se colocaría al deudor tributario en una situación de impunidad y se crearía un precedente aborrecible⁷³³.

Se pueden identificar por tanto dos clases de sujetos pasivos. De un lado los particulares que, aplicando normas de Derecho civil, pactan la asunción de una obligación, y de otro el Estado. Respecto de los primeros nunca se plantearon dudas, pero, por lo que se refiere al Estado, varios extremos deben ser matizados.

Ante todo, ha de recordarse que el Estado puede actuar bien como sujeto de Derecho público, bien como sujeto de Derecho privado. En el caso de que el Estado actúe como un particular, sometiéndose a normas de Derecho privado, su estatus se equipara al de cualquier otro acreedor particular. Contrariamente, cuando actúa como acreedor de Derecho público, como en el caso de las deudas tributarias o las cuotas de la seguridad social, parte de la doctrina ha visto inconvenientes en la aplicación del delito.

En este sentido, entiende MUÑOZ CONDE que <<no deja de ser paradójico que, por ejemplo, para castigar las diversas modalidades que admiten los Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, (...) sea necesario que la cuantía de lo defraudado tenga que ascender en algunos casos a quince millones de pesetas -120. 000 euros- y que para castigar lo que no es más que tirar de la misma cuerda, es decir, llevar a cabo la defraudación hasta evitar las posibilidades de cobro de la Administración, puede ser automáticamente delito, cualquiera que sea la cuantía del crédito impagado>>⁷³⁴.

⁷³² Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 75 o, del mismo autor, “El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 247.

⁷³³ Vid. SAP de Cáceres de 27 de octubre de 2001 o la SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2000.

⁷³⁴ Cfr. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 75 y 215 o, del mismo autor, “El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 249.

En línea de principio, parece que la observación hecha por el autor es acertada y lógica. Sin embargo, si se profundiza en la cuestión planteada se comprobará que no es exactamente así.

Efectivamente, tanto para apreciar la comisión del delito de defraudación tributaria del art. 305 como para el tipo del art. 307 del CP, referido a la defraudación a la Seguridad Social, se exige por el legislador que la cuantía de lo defraudado supere los 120.000 euros. Ahora bien, determinados aspectos de ambos delitos deben ser matizados.

Ante todo, debe partirse de que el delito de defraudación tributaria presenta una estructura compleja. Así, es preciso poner de relieve que el procedimiento de imposición de tributos se compone, tal y como se expuso en el epígrafe anterior, de dos fases plenamente diferenciables: liquidación y recaudación. Es posible, por tanto, distinguir dos clases de fraudes contra la Hacienda Pública, esto es, el fraude en vía de gestión o inspección y fraude en vía de recaudación⁷³⁵.

Cuando el fraude se materializa en la fase de gestión lo más común es que, en línea de principio, se actúe con los medios que la Ley General Tributaria ofrece y que sólo en segunda instancia se recurra al Derecho penal. Por lo que respecta a esta última vía, el delito específico que se aplica es el recogido en el art. 305 del CP y nunca el delito de alzamiento de bienes. La razón que avala esta conclusión es aquella por la que, en consonancia con lo dicho a lo largo de este epígrafe, en fase de liquidación todavía no existe crédito tributario. Por tanto, la conducta del deudor consistente en la ocultación de los bienes constituiría el medio engañoso para cometer el delito tributario⁷³⁶.

⁷³⁵ Vid. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 5. Como ejemplo de esta distinción puede verse la STS de 17 de abril de 2006 en la que se aprecia un concurso de delitos entre un delito de alzamiento de bienes y un delito contra la Hacienda Pública.

⁷³⁶ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 73. En contra de esta tesis puede verse **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 230, pues opina que el alzamiento de bienes también puede servir para abarcar todas aquellas conductas cometidas con carácter previo a la fase ejecutiva de las deudas tributarias. A su juicio, de no entenderse así quedarían impunes los alzamientos de bienes en los que el deudor hubiera tenido la previsión de adelantarse fraudulentamente a los requisitos jurídico formales que rigen las fases de determinación, liquidación, exigibilidad y ejecución de estas deudas.

En el segundo caso, es decir, cuando la deuda se ha fijado y es conocida pero el importe de la misma no se ingresa, la Ley General Tributaria prevé la iniciación de un procedimiento de apremio o la responsabilidad solidaria del art. 42. 2⁷³⁷. A su vez, y tras la constatación de la proliferación de esta clase de fraudes en los que se cumple formalmente pero no se procede al pago de la deuda, la Agencia Estatal de Administración Tributaria publicó el Plan de Prevención de Fraude Fiscal en 2004 y el Plan General de Control Tributario para 2005, en los cuales se prevé específicamente la aplicación del alzamiento de bienes como mecanismo a potenciar para la represión de estas conductas en la fase de recaudación⁷³⁸. Esta previsión resulta lógica y correcta, ya que se cumple el requisito básico de la existencia de la deuda para poder aplicar el delito.

Por todo ello, y volviendo al argumento dado por MUÑOZ CONDE, debe decirse que nada importa al delito de alzamiento de bienes el límite impuesto por el legislador respecto del delito fiscal, ya que ambas figuras delictivas se aplican en fases diferentes -el delito fiscal a la liquidación y el alzamiento de bienes a la recaudación-⁷³⁹. Por tanto, sería perfectamente posible que un deudor tributario cumpliera con las obligaciones formales necesarias para la liquidación de los tributos y que, sin embargo, en la fase de recaudación provocase su despatrimonialización. Es más, como explica BLÁZQUEZ LIDOY, en muchos casos los contribuyentes van a preferir defraudar en sede de recaudación. Piénsese en los administradores de sociedades, para quienes, según dictan los arts. 42. 1 y 43. 1 de la LGT, la comisión de una infracción les hace responsables tributarios de las deudas. Por esta razón, para estos sujetos será posiblemente más beneficioso

⁷³⁷ Vid. Plan de Prevención del Fraude Fiscal en su apartado 9. 1. 1.

⁷³⁸ Vid. Resolución de 7 de febrero de 2005 de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan General de Control Tributario de 2005 -BOE de 8 de febrero de 2005-. Concretamente véase en concreto el apartado 4. 1.

⁷³⁹ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 73, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 67, **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 249 o **QUINTERO OLIVARES, G.**, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (2007), cit., p. 715. Esta misma tesis es sostenida por BRANDARIZ GARCÍA respecto de las relaciones concursales entre el delito del art. 307 del CP y el delito de alzamiento de bienes. También en este caso, la duplicidad de fases permite la ubicación de cada delito en una de ellas. Y, nuevamente, el alzamiento de bienes puede cometerse únicamente en fase de recaudación, pues sólo entonces existe una deuda legítima que frustrar. **BRANDARIZ GARCÍA, J-A.**, *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia 2000, p. 646.

despatrimonializar la sociedad con posterioridad a la liquidación y, además, no pagar la deuda tributaria⁷⁴⁰.

b) La concreta problemática de las deudas autoliquidadas.

b. 1) La particular naturaleza de las deudas autoliquidadas y sus repercusiones sobre el delito de alzamiento de bienes.

En el epígrafe anterior se expuso de forma genérica qué clases de obligaciones ampara y regula el ordenamiento jurídico. En el ámbito de las deudas de Derecho público se hizo mención a las especialidades que presentan las deudas autoliquidadas. Si se recuerda lo anteriormente expuesto, este tipo de obligaciones tributarias presupone una contabilización y exacción de la deuda por parte del propio obligado tributario y no por la Administración tributaria. Contrariamente a lo que podría pensarse, en este peculiar procedimiento de liquidación es la Administración tributaria la que colabora con el contribuyente y no a la inversa. Tanto es así que la proliferación de este sistema está provocando una cada vez más acentuada privatización de las funciones públicas⁷⁴¹ y el confinamiento del acto tributario a situaciones excepcionales⁷⁴². Al mismo tiempo y como ya se indicó con anterioridad, debe destacarse que el hecho de que en las autoliquidaciones el encargado de calcular e ingresar la deuda sea el sujeto activo ha difuminado la línea divisoria entre la fase de gestión y liquidación con la de recaudación⁷⁴³.

Así las cosas, y si se tiene presente que la autoliquidación es una práctica cada vez más común y que se extiende a tributos como el IRPF, el IVA o el impuesto de sociedades, no es de extrañar que esta cuestión se haya transformado en una de las problemáticas que suscitan un mayor interés. Al ser la autoliquidación el método más empleado en la exacción de los tributos, la mayoría de las deudas tributarias tendrán su origen en ella y el número de delitos de alzamiento de bienes dirigidos al impago de deudas tributarias

⁷⁴⁰ Cfr. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 5.

⁷⁴¹ Vid. **FERNÁNDEZ MARÍN, F.**, *Las liquidaciones tributarias*, cit., pp. 159 y 163.

⁷⁴² Vid. **VILHENA DE FREITAS, L.**, “A autoliquidação: contributo para uma análise da sua natureza jurídica”, cit., p. 9. En este mismo artículo -p. 10 y ss- puede verse además un estudio de Derecho comparado sobre la evolución de la técnica de la autoliquidación y su paulatina instauración en los sistemas tributarios europeos. Podrá comprobarse cómo en todos los casos la autoliquidación presenta rasgos idénticos y que su utilización se aplica a tributos asimilables. Así sucede con los impuestos que gravan el consumo como el IVA.

⁷⁴³ Vid. **PÉREZ ROYO, F.**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 232.

procederá probablemente de una autoliquidación. Surge entonces el interrogante de si es viable aplicar el delito de alzamiento de bienes a las deudas procedentes de una autoliquidación y en qué circunstancias.

Lo primero que debe analizarse es si realmente el resultado de la autoliquidación puede ser considerado como una verdadera deuda, tal y como parece indicar el art. 120. 1 de la LGT. Si la respuesta fuese afirmativa, no habría problemas en admitir la aplicación del delito de alzamiento de bienes. Ahora bien, si contrariamente se parte de la idea de que la deuda autoliquidada no es una auténtica deuda porque, a diferencia por ejemplo del IBI, no existe acto administrativo que declare su existencia, la aplicación del delito es más dudosa. En este último sentido se manifiesta BLÁZQUEZ LIDOY, para quien la autoliquidación no constituye un título ejecutivo válido a efectos penales por muchos y varios motivos que a continuación se exponen⁷⁴⁴.

En primer lugar, ha de apuntarse que en el caso de las deudas autoliquidadas y no comprobadas se produce una falta de actividad por parte de la Administración tributaria, ya que ésta no entra a conocer los hechos que dan paso a la autoliquidación. Si esto es así, la realidad de la deuda está todavía por confirmar y, por tanto, no parece posible hablar de un delito de alzamiento de bienes. En los supuestos de deudas autoliquidadas, sólo si la Administración tributaria revisa la deuda, bien de oficio, bien a petición del sujeto obligado al pago, se puede sostener la naturaleza administrativa del acto de cálculo de la deuda⁷⁴⁵. En ambos supuestos se constata una actividad por parte de la Administración tributaria que desemboca consecuentemente en un acto administrativo que corrobora, entonces sí, la existencia de la deuda y las condiciones de esa existencia. Esta deuda sí habrá sido liquidada en un procedimiento administrativo con todas las garantías para el ciudadano y por ello no hay obstáculo alguno para la aplicación de un alzamiento de bienes.

A juicio de BLÁZQUEZ LIDOY, la Administración tributaria tiene la obligación de comprobar la realidad de la deuda de tal forma que, al no hacerlo, estaría postergando el principio de tutela judicial efectiva frente al principio de eficacia⁷⁴⁶. Si se admite este argumento, la cuestión se reviste de

⁷⁴⁴ Vid. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 13.

⁷⁴⁵ Vid. **PÉREZ ROYO, F.**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 232.

⁷⁴⁶ Vid. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 14.

especial relevancia ya que la falta de fiscalización de las deudas autoliquidadas constituye la tónica general en la práctica totalidad de los tributos. Los procedimientos de autoliquidación se llevan a cabo diariamente de forma que el coste económico que implicaría su total revisión sería excesivamente elevado⁷⁴⁷. Teniendo presente que las comprobaciones son marginales, no sería extraño que un contribuyente pueda verse inmerso en un juicio penal por eludir una deuda calculada erróneamente o, incluso, inexistente.

Con todo, es evidente que no puede forzarse a la Administración pública a comprobar todas y cada una de las autoliquidaciones, pero lo que sí podría hacerse es, como propone BLÁZQUEZ LIDOY, no admitir una querrela por alzamiento de bienes basada en una autoliquidación no comprobada. Ésta es precisamente la primera cuestión que ha de abordarse respecto de estas deudas.

En el momento en el que el Ministerio Fiscal, a instancias de la Hacienda Pública, pretenda iniciar un proceso penal debería requerirse la previa comprobación por la Administración acreedora. De no hacerse así, se traspasaría al juez competencias y funciones que no le pertenecen, es decir, la obligación de comprobar la existencia y las circunstancias de las deudas tributarias⁷⁴⁸. Esta traslación de funciones implicaría además la vulneración del principio de legalidad.

Así las cosas, propone el citado autor que lo más aconsejable es que el juez desestime la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por considerar una cuestión de procedibilidad el hecho de no haber comprobado la existencia de la deuda. Para BLÁZQUEZ LIDOY, a diferencia de lo que acontece con el delito fiscal en el que el juez es competente para comprobar si la cantidad defraudada alcanza la cuantía establecida en el tipo, en el delito de alzamiento de bienes el acreedor es el que debe probar la existencia de la deuda y sus circunstancias. Se supone que la querrela debe demostrar la existencia de la deuda con criterios mínimamente objetivos para que el juez pueda

⁷⁴⁷ Vid. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 9.

⁷⁴⁸ Vid. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 9.

pronunciarse al respecto. Y esto requiere una liquidación de la Administración, realizada tras la pertinente investigación y comprobación⁷⁴⁹.

Y sigue argumentado que el autor que, además, en el caso de que la querrela fuese admitida a trámite los problemas se multiplicarían⁷⁵⁰. La autoliquidación no habría sido comprobada y todos los hechos declarados en un procedimiento administrativo deberían ser posteriormente ratificados en el proceso penal. El deudor que en su momento efectuó la autoliquidación bien podría retractarse de lo declarado ante el juez penal o impugnar la autoliquidación solicitando su rectificación⁷⁵¹. Se cuestionaría por tanto su condición como posible autor del delito.

⁷⁴⁹ Cfr. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 18.

⁷⁵⁰ Ha de advertirse de que se habla de la interposición de querrela porque se parte de la idea de que la Administración tributaria ha optado por denunciar los hechos al Ministerio Fiscal. De esta forma, y con base en los arts. 105, 271 y 773.2 de la LECr, el Ministerio Fiscal debe practicar una preinstrucción para comprobar la verosimilitud de la *notitia criminis*. Igualmente debe señalarse que el autor habla de admisión de la querrela y no de estimación. Realmente, los problemas se producirían en caso de estimación de la querrela. La admisión a trámite simplemente constata el cumplimiento de los requisitos formales, mientras que la estimación presupone una primera calificación de los hechos y la procedencia o no de la iniciación de las actuaciones. Vid. **MONTERO AROCA, J.**, en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J-L./ MONTÓN REDONDO, A./ BARONA VILAR, S., Tirant lo blanch, Valencia 2005, p. 152.

⁷⁵¹ Impugnación y rectificación son términos sinónimos, aunque algunos autores prefieren hablar siempre de rectificación ya que así es como se denomina a este procedimiento en la LGT. Dice el art. 120. 3 de la LGT: <<Cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente>>. Como la propia norma tributaria explica, será en el texto legal que regule cada uno de los tributos donde se regule el procedimiento a seguir para obtener la rectificación. Señala **PÉREZ ROYO, F.**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 271, que es frecuente que se produzcan las rectificaciones y que normalmente persiguen una rebaja en la cuota a ingresar o incluso una devolución. Piénsese en el obligado tributario que, una vez presentada la autoliquidación cae en la cuenta de que era otra, y más favorable, la que debería haber presentado. También es posible que el sujeto presente su autoliquidación, ateniéndose a los criterios contenidos en la doctrina sentada por la Administración, o a la normativa reglamentaria, pero que entiende que la aplicación correcta de la ley permitiría hacerla de otra manera, determinando una deuda inferior o incluso una devolución. Como explica **CALVO ORTEGA, R.**, *Derecho Tributario. Parte General*, cit., p. 284, si se tienen en cuenta los principios administrativos, todo administrado puede pedir la rectificación de algo que ha hecho incorrectamente debido a una interpretación defectuosa de la norma. Ahora bien, ha de aclararse, que la posible rectificación de errores que el obligado tributario puede solicitar en caso de una autoliquidación no debe ser confundida con el procedimiento de rectificación de errores del art. 216 de la LGT. Este último constituye uno de los procedimientos especiales de revisión y se inicia por la Administración tributaria para la corrección de errores materiales, de hecho o aritméticos. En estos casos, no se entra a analizar el fondo. Esta idea es congruente con lo dicho anteriormente

En opinión de BLÁZQUEZ LIDOY, si el supuesto obligado tributario opta por la impugnación de la autoliquidación la solución pasa por acudir a las cuestiones prejudiciales bien devolutivas, bien no devolutivas⁷⁵². Y aquí es precisamente donde se encuentra el otro inconveniente, ya que, a su juicio, ni una ni otra serían operativas.

El concepto de **cuestión prejudicial no devolutiva** ha de buscarse en el art. 3 de la LECr, según el cual <<por regla general, la competencia de los tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación>>. Por su parte, la definición de **cuestión prejudicial devolutiva** se recoge en el art. 4 de la LECr, cuando dice <<si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda>>. Así las cosas, la diferencia entre ambos instrumentos procesales viene dada por el último dato proporcionado, esto es, por el hecho de que en la cuestión prejudicial devolutiva el juez penal paraliza el procedimiento penal. Dicho procedimiento no se reiniciará hasta que los tribunales correspondientes resuelvan la cuestión procesal, pues sin su resolución no se puede resolver jurídicamente la pretensión penal⁷⁵³.

Teniendo presente la retractación del deudor de su propia autoliquidación o, en su caso, la impugnación de la autoliquidación ante las autoridades tributarias y los tribunales de lo contencioso-administrativo, ¿cómo debe actuar el juez penal?, ¿debe conocer de la existencia de la deuda o suspender el procedimiento en espera de resolución de los tribunales contencioso-administrativos?, ¿cuestión devolutiva o no devolutiva?

En opinión de BLÁZQUEZ LIDOY, cuando el deudor impugna la autoliquidación o solicita su rectificación, el juez de lo penal no debería entrar a valorar la existencia o no de la deuda. No procedería una cuestión no

sobre las liquidaciones provisionales, las cuales no pueden ser objeto de un procedimiento especial de revisión. Vid. *supra*. el epígrafe IV. 1.d).

⁷⁵² Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 35. Ésta es la solución que ofrecen los autores, no obstante debe resaltarse que esta afirmación no la sostienen concretamente respecto de las deudas autoliquidadas sino en general. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 81 o CORDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M., (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 867. En esta última obra se toma partido por acudir en todo caso a las cuestiones prejudiciales devolutivas.

⁷⁵³ Vid. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid 2004, p. 194.

devolutiva, por cuanto es posible que el dictamen del juez penal no coincida con el de la Administración competente para resolver la impugnación, es decir, con la resolución de la Administración acreedora que ha resuelto la impugnación al mismo tiempo que el juez penal resolvía la cuestión prejudicial⁷⁵⁴. Ha de tenerse presente que el alzamiento de bienes pretende proteger el derecho del acreedor; no obstante no puede proceder cuando el propio acreedor niega la existencia del crédito⁷⁵⁵. Si el juez penal dictamina que la deuda existe y luego la Hacienda acreedora con motivo de la impugnación declara la inexistencia de la deuda, ¿quién tiene razón?; ¿podría sancionarse por la elusión del pago de una deuda que el acreedor niega que existe?⁷⁵⁶

Demostrado así que no parece proceder una cuestión prejudicial no devolutiva, el único remedio que aparentemente resta es aplicar una cuestión prejudicial devolutiva. No obstante, opina BLÁZQUEZ LIDOY que en el caso de las deudas autoliquidadas esto no es viable, ya que a su modo de ver, juez y parte son la misma persona⁷⁵⁷. En este sentido y de hacerse así, acreedor y órgano competente para resolver la cuestión prejudicial

⁷⁵⁴ Vid. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., pp. 20 y 21.

⁷⁵⁵ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 82.

⁷⁵⁶ Respecto de la posibilidad de que se produzcan resoluciones contradictorias se ha pronunciado el Tribunal Constitucional con motivo de la condena a un sujeto por delito de intrusismo profesional. Concretamente se condenaba a una ciudadana de la República Dominicana por delito de intrusismo, al estimar el tribunal penal - concretamente la Audiencia Provincial de Málaga- que practicaba la profesión de médico odontólogo sin el título necesario. El Tribunal penal era consciente de que paralelamente se estaba siguiendo un proceso a instancia de la acusada ante la jurisdicción contencioso-administrativa para la homologación del título académico que había obtenido en la Universidad Autónoma de Santo Domingo (República Dominicana). A pesar de este conocimiento, el Tribunal penal no aguardó a la finalización de dicho proceso, desestimando la existencia de una cuestión prejudicial que claramente era determinante de la existencia del delito, pues afectaba, como ha indicado ese Tribunal, al elemento básico del tipo como era el del ejercicio de una actividad profesional sin estar en posesión del correspondiente título académico oficial que le habilitara para ello. El Tribunal condenó y posteriormente se le homologó el título a la acusada. Así las cosas, se condenó por intrusismo a quien realmente estaba legitimada para ejercer la profesión. Tras esta sentencia, el Tribunal Constitucional recuerda a los jueces penales que las cuestiones penales devolutivas deben ser utilizadas allí donde convenga en aras de la protección de los principios de seguridad jurídica y el derecho de la tutela judicial efectiva. Como expone el TC en esta sentencia de 30 de octubre de 2000, <<unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado>>.

⁷⁵⁷ Vid. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 20.

coincidirían. Sería cuando menos anormal que quien interpone la querrela por delito niegue posteriormente la existencia de la deuda a través de una cuestión prejudicial. Si el impago de la deuda constituye la razón de ser de la querrela interpuesta, no parece de recibo que luego el querellante destruya la base de ésta⁷⁵⁸. Por todo ello, las cuestiones prejudiciales parecen tener sentido únicamente cuando juez y acreedor son distintos. El hecho de que procesalmente no sea posible encajar el problema deriva en la conclusión de que la comprobación de la deuda es un requisito de procedibilidad para interponer la querrela en sede penal⁷⁵⁹.

Asimismo, si el deudor cuestiona la autoliquidación en sede penal sin proceder a la impugnación de la autoliquidación, entiende BÁZQUEZ LIDOY que el juez instructor debe pronunciarse sobre si existe o no la deuda⁷⁶⁰, pues tampoco en este caso las cuestiones prejudiciales serían aplicables ya que acreedor y parte coincidirían nuevamente.

Si bien el razonamiento del autor es lógico, es posible realizar ciertas matizaciones.

En primer lugar, en el caso de que el deudor cuestione la existencia de la deuda pero sin acudir a la impugnación, el juez penal puede decidir sobre la existencia de la deuda, pero también en este supuesto podría acudir tanto a una cuestión prejudicial devolutiva como no devolutiva. Para recurrir a una cuestión prejudicial es necesario la constatación de una cuestión controvertida. Si el deudor cuestiona y niega la existencia de la deuda, es evidente que se produce una controversia. Así las cosas, las cuestiones prejudiciales no son privativas de los casos en los que el deudor opta por impugnar la autoliquidación.

Por ello, si el deudor niega pero no impugna la autoliquidación, el juez puede decidir sobre la existencia o inexistencia de la deuda, siempre que existan datos suficientes -cuestión no devolutiva-. Como el deudor no ha

⁷⁵⁸ Vid. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 21.

⁷⁵⁹ Vid. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 21. Del mismo, “Deudas autoliquidadas y no ingresadas en el delito de alzamiento de bienes”, en *Estudios Financieros*, núm. 264, p. 132.

⁷⁶⁰ Vid. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 19.

impugnado la autoliquidación, lo que dictamine el juez de lo penal es lo que ha de acatarse. Su decisión es la definitiva.

Si, contrariamente, el juez es incapaz de hacerlo, puede dirigirse a la Administración tributaria para que aclare los aspectos controvertidos. Lo normal será que la Administración reconozca la existencia de la deuda, ya que efectivamente sería cuando menos anormal que quien interpone la querrela por delito de alzamiento de bienes niegue posteriormente la existencia de la deuda. Si el deudor se muestra de acuerdo, se dará por resuelta la cuestión prejudicial ya que la existencia de la deuda deja de ser controvertida. Así las cosas, si el obligado tributario se adhiere a la resolución de la Administración tributaria, en la que se admite la existencia de la deuda, éste deja de cuestionar su condición de deudor y, por tanto, su idoneidad para ser autor del delito. El juez de lo penal es libre para proceder por el delito de alzamiento de bienes. De desarrollarse así los hechos, no habría inconveniente alguno.

Contrariamente, si el obligado tributario disiente nuevamente de la resolución administrativa, recurrirá a los tribunales de lo contencioso-administrativo⁷⁶¹. El juez de lo penal deberá entonces esperar a lo que éstos dictaminen. Al mismo tiempo, como el juez ha suspendido el procedimiento en espera de las resoluciones de la Administración o de los tribunales contencioso-administrativos, no podrán darse contradicciones entre las resoluciones de esos últimos y el primero.

Y, en el anómalo caso de que la Administración tributaria llegase a negar la existencia de la deuda, no habría problema alguno, puesto que el procedimiento penal se sobreseería⁷⁶². Es decir, si el acreedor niega la deuda, no habría lugar a continuar con el procedimiento penal, que previamente se habría suspendido. La controversia se habría resuelto por el hecho de que Administración da la razón al sujeto que autoliquidó la deuda tributaria.

⁷⁶¹ Para agotar la vía administrativa y poder acudir a los tribunales de justicia, el obligado tributario deberá interponer una reclamación económico administrativa -arts. 226 y ss de la LGT-. En el caso concreto de las autoliquidaciones, el recurso se hará contra el acto administrativo de denegación de la rectificación solicitada por el sujeto pasivo autor de la autoliquidación, o contra la denegación presunta -227. 2º LGT-. La denegación de la rectificación permite al obligado tributario recurrir ante los Tribunales Económico Administrativos. Una vez resuelta la reclamación económico administrativa y no manifestándose de acuerdo el obligado tributario, es posible acudir a la vía jurisdiccional mediante la interposición de un recurso contencioso administrativo - art. 249 LGT-. Puede verse extensamente **CALVO ORTEGA, R.**, *Derecho Tributario. Parte General*, cit., pp. 353 y ss.

⁷⁶² En este caso, procedería el sobreseimiento libre, puesto que existe una falta absoluta de tipicidad del hecho debido a la inexistencia del hecho punible. Sobre el sobreseimiento puede verse **GIMENO SENDRA, V.**, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 588 y ss.

Si se ha procedido a la autoimpugnación de la autoliquidación, la solución varía en ciertos aspectos. Así, parece adecuada la teoría de BLÁZQUEZ LIDOY sobre las cuestiones prejudiciales no devolutivas, es decir, no proceden en caso de autoimpugnación de la autoliquidación. Efectivamente, bien podrían producirse dictámenes contradictorios entre la Administración y el juez de lo penal, que pondrían en peligro la seguridad jurídica.

No obstante, no existe impedimento alguno para encauzar el asunto a través de una cuestión prejudicial devolutiva. El argumento dado por el autor sobre la coincidencia entre juez y parte no es suficiente para negar su aplicación. Al igual que sucede con la anterior hipótesis, el juez de lo penal suspende el proceso en espera del dictamen de la Administración tributaria, ya que mientras no se resuelvan los recursos económico-administrativos y contencioso-administrativos la existencia de la deuda es discutida⁷⁶³. De negar la deuda, el procedimiento penal decae. De resolver su existencia y adherirse el obligado tributario a esta decisión, el procedimiento penal sigue su curso normal. En ambos casos se ha resuelto la idoneidad o idoneidad del sujeto para ser autor del delito de alzamiento de bienes. Al mismo tiempo, el presunto deudor no se ve perjudicado. Si admite la deuda, reconoce voluntariamente su condición de obligado al pago. Si la Administración niega la deuda, se ve beneficiado puesto que ni la tiene que pagar, ni será objeto del proceso penal.

Ahora bien, si la Administración se decanta por la existencia de la deuda tras comprobarla, y el deudor persiste en negarla, éste debe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo. Su decisión será la definitiva y el juez penal debe atenerse a ella. Y, no puede decirse, como hace BLÁZQUEZ LIDOY, que juez y parte coinciden. Por todo ello, en caso de autoimpugnación de la autoliquidación, la cuestión prejudicial devolutiva es plenamente operativa. Consecuentemente, no es necesaria la comprobación de la deuda para admitir la querrela a trámite. No se puede negar que procesalmente la solución es complicada pero desde luego no imposible.

De todas formas, la hipótesis apuntada por el autor parece más bien poco frecuente. Normalmente, y él mismo lo admite, la Administración y

⁷⁶³ Vid. SAP de Cáceres de 27 de octubre de 2001.

posteriormente el Ministerio Fiscal llevan a cabo una serie de actuaciones antes de proceder a tramitar la querrela⁷⁶⁴.

Por lo general, si la Administración tributaria quiere cobrar una deuda impagada suele acudir a su ejecución a través de la vía de apremio - art. 163 de la LGT⁷⁶⁵. A pesar de que las autoliquidaciones no se dotan de naturaleza administrativa, son, sin embargo, susceptibles de embargo⁷⁶⁶. Por tanto lo más frecuente es que, si el deudor no quiere pagar la deuda, la recurra en previsión del embargo y que, en su caso, interponga los recursos oportunos en vía administrativa o jurisdiccional. De hacerlo, aunque luego en sede penal negase o impugnase la deuda, el dictamen de los tribunales contencioso-administrativos sería determinante. Por su parte, la Administración tributaria presentará la querrela cuando el embargo devenga imposible y considere que su realización no es factible, debido a la insolvencia presuntamente fraudulenta del deudor. De ser así, existirían elementos suficientes para que la querrela fuese admitida a trámite.

⁷⁶⁴ Vid. **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 15. El propio autor explica cómo la Fiscalía, una vez recibido y estudiado el expediente presentado por la Administración tributaria, puede dirigirse al juzgado de instrucción o tramitar las diligencias de investigación. Estas últimas pueden, a su vez, terminar en el archivo de la instrucción o dar traslado al juez de instrucción. A pesar de que el Ministerio Fiscal adopta la función de parte acusadora, cuando actúa como instructor en las diligencias investigadoras ha de asumir el papel de autoridad imparcial. Por tanto, no parece lógico que el Ministerio Fiscal interponga una querrela sin una base sólida como sugiere el autor. Y es que, precisamente, la función de las diligencias de investigación y la instrucción en su conjunto tienen como finalidad evitar la realización de juicios innecesarios. Vid. sobre estas cuestiones **GIMENO SENDRA, V.**, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 268 y 286.

⁷⁶⁵ Cuando una deuda tributaria no es satisfecha en el período voluntario se abre la fase ejecutiva, dentro de la cual la providencia de apremio permite actuar sobre el patrimonio del deudor para el cobro de la obligación impagada. En la vía de apremio se procede a la ejecución de las garantías si las hubiere, o en su caso al embargo y enajenación de los bienes y derechos del deudor. Vid. **PÉREZ ROYO, F.**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., pp. 331 y ss.

⁷⁶⁶ Vid. **PÉREZ ROYO, F.**, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., p. 260. Las autoliquidaciones son por tanto actos no administrativos con características muy singulares. Las deudas autoliquidadas constituyen la excepción a la regla general por la que en vía administrativa sólo los actos administrativos son ejecutorios, lo que equivale a que puedan ser objeto de un procedimiento de apremio. Si bien en el momento actual esto es así, lo cierto es que antes de la reforma de 1995 las autoliquidaciones no eran apremiables directamente. Con anterioridad a dicha reforma era preceptiva la conversión de la autoliquidación en un acto administrativo, ya que el procedimiento ejecutivo de apremio únicamente podía utilizarse para el cumplimiento de estos últimos.

En definitiva, los argumentos hasta ahora sostenidos por el autor citado no son determinantes para considerar que la previa comprobación de la deuda es un requisito de procedibilidad.

Más allá de la posible aplicación o no de las cuestiones prejudiciales, el autor señala otra serie de inconvenientes procesales que pueden provocarse si se admite la querrela sin previa comprobación. En concreto, pueden derivarse problemas relativos a la apreciación de la prueba cuando el juez penal debe decidir sobre la existencia o no de la deuda. Según BLÁZQUEZ LIDOY, en los casos de negación de la deuda por el deudor pero sin mediar impugnación cabe preguntarse si la Administración tributaria puede operar como perito⁷⁶⁷. De responder afirmativamente, perito en la instrucción y acreedor coincidirían en el mismo sujeto.

A su juicio, como el delito de alzamiento de bienes protege el interés patrimonial del acreedor, el perito que proponga el Ministerio Fiscal no será imparcial sino que velará por los intereses de la Administración acreedora. La relación entre la Administración y el obligado tributario es una relación jurídica obligatoria común y corriente, en la que cada una de las partes implicadas vela por sus intereses. Por ello, si la Administración tributaria no puede actuar como perito, el juez tendría que pronunciarse sin los conocimientos apropiados. El desconocimiento por parte del juez penal podría conducir al sobreseimiento de la causa.

En relación con esta cuestión, BLÁZQUEZ LIDOY realiza una comparación entre el delito fiscal y el delito de alzamiento de bienes, y concluye que si bien en el segundo no es viable que un miembro de la Administración tributaria actúe como perito en la instrucción, en el primero sí. El motivo esgrimido es la distinta naturaleza que presentan ambos delitos. A su juicio, el delito fiscal protege un interés general, esto es, la función pública. El patrimonio del Erario público se revela únicamente como un interés secundario. Por ello, los peritos pertenecientes a la Administración tributaria y designados por el Ministerio Fiscal - v.gr. Inspector de Finanzas del Estado - no tendrían interés personal alguno en la causa. Contrariamente, en el delito de alzamiento de bienes lo que se protege es un interés puramente patrimonial, por lo que la imparcialidad del perito no está asegurada.

⁷⁶⁷ Vid. BLÁZQUEZ LIDOY, A., “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, cit., p. 22.

Por lo que se refiere a este argumento, es evidente que no se comparte en este trabajo. Como se expuso en epígrafes anteriores, en los delitos contra la Hacienda Pública lo que se tutela es el patrimonio del Erario público y no la función pública⁷⁶⁸. Al mismo tiempo, en el caso de la protección del crédito público el delito de alzamiento de bienes se constituye como un genuino delito económico en sentido estricto⁷⁶⁹. Por ello, ambos delitos presentan naturaleza supraindividual y tutelan intereses generales y colectivos.

Por este motivo, si en los delitos contra la Hacienda Pública se acepta la intervención de un perito perteneciente a la Administración pública, no deberían plantearse inconvenientes en el caso de un delito de alzamiento de bienes. Al mismo tiempo, ha de tenerse presente que el perito designado por el Ministerio Fiscal no será el único sujeto que aporte datos sobre la existencia de la deuda. El juez instructor puede solicitar todos los informes periciales que considere oportunos -art. 456 de la LECr-, a la vez que perito en la instrucción puede serlo cualquier persona con o sin título que tengan conocimientos de la materia -art. 457 de la LECr-⁷⁷⁰.

Finalmente, BLÁZQUEZ LIDOY se detiene en el derecho a no confesar contra uno mismo para negar nuevamente la posibilidad de que una querrela por alzamiento de bienes se base en el impago de una deuda autoliquidada. En esta línea, la autoliquidación no hace prueba en el proceso penal por lo que quien ha de probar la deuda es la Administración acreedora. A su vez, ésta ha de recurrir a datos obtenidos de terceras personas. Si esta información resultase ser imprescindible, es posible que no se pueda instruir la causa. De ser así, el juez carecería de los datos necesarios para determinar la existencia o no de la deuda y, consecuentemente, debería proceder al sobreseimiento.

Sobre este último argumento parece oportuno recordar que la función de la instrucción es precisamente la de recabar toda la información posible para el desarrollo posterior del juicio oral. Por ello, los datos procedentes de terceros deberían ser obtenidos durante la fase de instrucción. De no lograrse, la instrucción no fructificaría y efectivamente la causa se sobreseería. No

⁷⁶⁸ Vid. *supra*. el epígrafe III del Capítulo Primero.

⁷⁶⁹ Vid. *supra*. nuevamente el epígrafe III del Capítulo Primero.

⁷⁷⁰ Sobre la intervención de los peritos en la instrucción del delito fiscal y, por extensión, al delito de alzamiento de bienes puede verse **DÍAZ ROLDÁN, C.**, “La instrucción en el delito fiscal”, en *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006, pp. 200 y 208. En el artículo se expone cómo han de actuar los peritos en la instrucción tanto si ha existido actividad previa de comprobación por parte de la Administración como si no la ha habido.

obstante, el sobreseimiento por este motivo puede producirse en todos los procedimientos de instrucción y no exclusivamente en el proceso penal por alzamiento de bienes de deudas autoliquidadas, no comprobadas y no ingresadas.

A modo de conclusión, ha de decirse que es cierto que no se puede condenar por un delito de alzamiento de bienes sin la correspondiente deuda y la existencia de un derecho de crédito. No obstante, el hecho de que la deuda autoliquidada no haya sido comprobada con anterioridad al juicio penal no significa que la deuda no exista y no se haya causado el perjuicio al acreedor. Como se expone en la SAP de Toledo de 23 de abril de 2003, <<la deuda, aunque ilíquida, nace en el momento en que el obligado tributario tiene que llevar a cabo su autoliquidación, aunque luego se cuantifique en el momento que se lleva a cabo la inspección y se fija definitivamente>>. Al mismo tiempo, la LGT en el art. 20 fija el nacimiento de la deuda tributaria en el momento en el que se realiza el hecho imponible. Si se sigue esta interpretación, si la Hacienda Pública demuestra que el sujeto está obligado a realizar la autoliquidación por reproducirse el hecho imponible que la origina, la deuda existe, cumpliéndose así el presupuesto objetivo del tipo de alzamiento de bienes, esto es, la inexcusable existencia de una relación jurídico obligatoria. A la vez, en caso de autoimpugnación de la autoliquidación el juez penal ha de suspender el procedimiento y, como se dijo, esperar a que se resuelvan los pertinentes recursos.

Si la conducta del deudor tributario reviste la suficiente importancia como para ser indicativa de una conducta criminal, nada impide iniciar el procedimiento penal aun faltando la comprobación de la deuda. El proceso penal se dota de instrumentos bastantes para determinar si ha lugar al delito y para determinar, de no ser así, el sobreseimiento del procedimiento. En el caso de deudas autoliquidadas, al igual que en el resto de posibles supuestos de delito de alzamiento de bienes, es la parte acreedora la que ha de probar la existencia de la deuda y el crédito. Sin embargo, el acreedor puede probar la existencia de la deuda o el montante exacto de ésta una vez puesto en marcha el procedimiento penal.

Así las cosas, en el delito de alzamiento de bienes, la comprobación de la deuda no es un requisito de procedibilidad ya que no es preceptiva la comprobación de la deuda por órgano, juez o tribunal alguno para la interposición de la querrela. Una vez interpuesta, el juez de instrucción llevará a cabo todas las investigaciones y comprobaciones que considere adecuadas. Si para resolver la cuestión de la preexistencia o no de la deuda el instrumento procesal pertinente es el de las cuestiones prejudiciales, no puede decirse que

exista obstáculo jurídico alguno que impida su utilización. En este sentido, el argumento de la complejidad que entraña este tipo de actuaciones no es suficiente para llegar a negar la posibilidad de que una deuda autoliquidada no comprobada pueda dar lugar a la admisión de la querrela o a la comisión de un delito de alzamiento de bienes. Por tanto, y como conclusión final, puede afirmarse que la comprobación es aconsejable, pero no preceptiva.

b. 2) La aplicación del delito de alzamiento de bienes y del delito fiscal en el caso de las deudas autoliquidadas.

De todo lo dicho se extrae como conclusión que la deuda autoliquidada genera una relación jurídica obligatoria que puede servir de base a la apreciación del delito de alzamiento de bienes. La autoliquidación habrá dado paso a una deuda común y corriente, cumpliéndose entonces el requisito indispensable de la existencia previa de una deuda. Basta pensar por ejemplo en el contribuyente que realiza la declaración de la renta y una vez autoliquidada oculta determinados bienes de forma que en su patrimonio restan únicamente bienes inembargables. Lo mismo puede suceder con el impuesto de sociedades, ya que una vez realizada su exacción el contribuyente puede no pagar la deuda alegando que no tiene bienes suficientes para sufragar el pago del impuesto.

Finalmente, en este tipo de deudas frente a la Hacienda Pública el hecho de que la fase de liquidación y la de recaudación no se encuentren plenamente diferenciadas no impide aplicar la tesis sostenida en el epígrafe anterior. Aunque quien liquida la deuda es el mismo sujeto que la ha de ingresar, ello no constituye un obstáculo para la aplicación del delito contra la Hacienda Pública en la fase de liquidación y el alzamiento de bienes en la de recaudación. Si la ocultación de los bienes se produce en el momento en el que el contribuyente efectúa la autoliquidación de forma que la base imponible se ve minorada se produce una defraudación a la Hacienda Pública que, si supera el límite establecido legalmente puede dar lugar a la aplicación del delito fiscal. Si dicho límite no se alcanza la conducta será, en su caso, constitutiva de una infracción administrativa y nunca penal. La ocultación ha servido para aminorar o incluso evitar la exacción del impuesto. Piénsese por ejemplo en el contribuyente que siendo titular de una serie de acciones las cede fraudulentamente en capitulaciones matrimoniales a su esposa. Esta ocultación implica una disminución de la base imponible y por tanto de la deuda que ha de ingresar a las arcas de la Hacienda Pública. La ocultación realizada no daría paso a la aplicación del delito de alzamiento de bienes ni

aun cuando la distracción de los bienes produjese su insolvencia. Lo que se consigue no es eludir el pago de una deuda, sino que se falsea la cuantía de dicha deuda. Ambas conductas son diferentes a pesar de que las pretensiones son las mismas, esto es, eludir el pago.

c) Liquidez, exigibilidad y vencimiento de la deuda.

Antes de exponer cuáles son las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia sobre esta cuestión, conviene definir de antemano qué significan los términos expresados en el enunciado.

La deuda es líquida cuando su cuantía está fijada numéricamente o basta una simple operación aritmética para obtener su cuantía exacta. Contrariamente, es ilíquida aquella deuda cuya cuantía no se conoce, aunque existen bases o criterios para su determinación⁷⁷¹. Por ejemplo, en el caso de las deudas tributarias tras el acto de liquidación emitido por la Administración tributaria la deuda es líquida, ya que se ha calculado el importe exacto que el obligado tributario ha de ingresar al Erario público.

Respecto de la exigibilidad, es posible distinguir dos grupos principales de obligaciones o deudas, esto es, las que son exigibles en cuanto nacen y las que implican una ejecución o exigibilidad aplazadas respecto del momento de su nacimiento.

Son exigibles de forma inmediata las obligaciones puras y las sometidas a condición resolutoria. Las primeras son aquellas obligaciones que no se someten por las partes a plazo o condición alguna, sino que desde que nacen son inmediatamente exigibles - art. 1.113 C.c-. En cuanto a las segundas, cuando la condición resolutoria está pendiente, la obligación produce todos sus efectos como si se tratase de una obligación pura, esto es, el derecho del acreedor ha nacido y la obligación es exigible. Sin embargo, cuando se produce el hecho resolutorio la obligación se extingue de forma automática⁷⁷².

Por su parte, en las obligaciones sometidas a término o condición suspensiva se produce un retraso en su exigibilidad. En ambas clases de obligaciones se supedita la exigibilidad de la deuda a un momento posterior al de su nacimiento. Ahora bien, existen notables diferencias entre una y otras.

⁷⁷¹ Cfr. LETE DEL RÍO, J.-M./ LETE ACHIRICA, J., *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 112.

⁷⁷² Vid. LETE DEL RÍO, J.-M./ LETE ACHIRICA, J., *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 151.

Para empezar, en las obligaciones sometidas a término el día o fecha en que la deuda deviene exigible es cierto y seguro. Puede conocerse o no el día concreto para exigir el cumplimiento, pero aun no conociéndolo de antemano, sí se sabe que indefectiblemente llegará -v. gr. seis meses después o el fallecimiento de una persona-. Contrariamente, si la obligación está sometida a condición suspensiva, el acaecimiento de tal condición es incierto⁷⁷³. Por ello, es tan posible que se cumpla la condición como que no se cumpla.

Al mismo tiempo, en las obligaciones sometidas a término, tanto la obligación como el derecho del acreedor han nacido, pero el cumplimiento no es exigible hasta la llegada del plazo fijado. Como claramente expone el art. 1.125 del C.c, <<las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue>>. A diferencia de éstas, en las obligaciones bajo condición suspensiva la deuda nace y vincula a las partes, pero no surge el derecho a exigir el cumplimiento hasta que no se compruebe la condición. Por ello, el acreedor no es titular actual del derecho de cobro, sino simplemente de una expectativa de derecho. Deberá esperarse a la comprobación de la condición suspensiva para que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación pactada. Cumplida la condición, la obligación se convierte en pura y deviene exigible de inmediato⁷⁷⁴.

En conclusión, en ambas clases de obligaciones hay un aplazamiento de la exigibilidad, aunque en unas existe un acreedor actual y en las otras un acreedor potencial. En las obligaciones aplazadas el acreedor ostenta el derecho a exigir el cumplimiento de la deuda, pero ha de esperar al día fijado para exigir el cumplimiento. En la obligación bajo condición suspensiva, el acreedor tiene una obligación a su favor, pero su derecho a exigir el cobro no surge hasta que se cumpla la condición. El cumplimiento no puede pretenderse hasta la constatación de la condición. Cumplida ésta, la exigibilidad deviene inmediata.

Por lo que atañe al vencimiento, éste se define como <<cumplimiento del plazo de una deuda, obligación, etc >>⁷⁷⁵ y bajo esta definición se cobijan dos posibles hipótesis. Por un lado, la hipótesis por la que, una vez expirado dicho plazo, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación. Ello implica que sólo si la deuda vence deviene exigible su cumplimiento. Y, por el otro, el vencimiento puede ir referido al período de tiempo en que es posible

⁷⁷³ Vid. LETE DEL RÍO, J.-M./ LETE ACHIRICA, J., *Derecho de Obligaciones*, cit., pp. 148 y 151.

⁷⁷⁴ Vid. LETE DEL RÍO, J.-M./ LETE ACHIRICA, J., *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 149.

⁷⁷⁵ Vid. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Tomo II, Espasa, Madrid 2007, p. 2280.

exigir ese cumplimiento por parte del acreedor. Fuera de ese plazo no es posible pretender el cumplimiento.

Como puede observarse, el concepto de vencimiento y exigibilidad de la deuda están íntimamente unidos, ya que el vencimiento lleva aparejada la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación. Teniendo presente lo expuesto en las líneas precedentes y en relación con la primera hipótesis apuntada, el vencimiento puede ser inmediato como ocurre con las obligaciones puras, o estar retrasado en el tiempo tal y como sucede con las obligaciones sometidas a término. Contrariamente, en la segunda hipótesis el acreedor debe solicitar el cumplimiento de la deuda en un determinado intervalo temporal. De no exigirse el cumplimiento antes de la fecha estipulada, la deuda y el derecho de crédito desaparecen -v.gr. las obligaciones bajo condición resolutoria o a término resolutorio-.

Debe indicarse, además, que las obligaciones pueden ser de tracto único o sucesivo, de forma que pueden ser cumplidas con un solo acto o con varios⁷⁷⁶. Lo primero sucede en las obligaciones de tracto único como la entrega de la cosa y el precio estipulado de ésta. Por el contrario, en las obligaciones de tracto sucesivo, sean continuas o periódicas, el deudor debe repetir una serie de actos varias veces. Así sucede por ejemplo en la venta a plazos o en el contrato de arrendamiento⁷⁷⁷. En este caso, se producirán tantos vencimientos como actos sean necesarios para el cumplimiento íntegro de la obligación contraída.

La exigencia de que la deuda sea líquida, exigible y esté o no vencida como requisitos para la consumación del delito de alzamiento de bienes se ha convertido en una de las cuestiones de mayor importancia y más debatidas en la doctrina y jurisprudencia en torno a este delito. Las consecuencias que se derivan de elegir una u otra opción no resultan en modo alguno desdeñables. De ello depende que se clasifique a este delito como tipo de lesión o de

⁷⁷⁶ Sobre este tipo de obligaciones debe aclararse que, según el autor de que se trate, la clasificación puede variar. El esquema ofrecido en el texto -obligaciones de tracto único o sucesivo- es el propuesto por LETE DEL RÍO y LETE ACHIRICA, pero es posible encontrar variaciones en otros manuales. Así por ejemplo puede verse **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, cit., p. 53, en cuya obra se alude a las obligaciones de tracto único, sucesivo y continuo. A pesar de esta aparente diferencia terminológica las definiciones de unos y otros son coincidentes. En este sentido para todos ellos el arrendamiento es una obligación de tracto continuo, aunque el último lo entiende como una categoría autónoma y los primeros como una subcategoría de las obligaciones de tracto sucesivo.

⁷⁷⁷ Vid. **LETE DEL RÍO, J-M./ LETE ACHIRICA, J.**, *Derecho de Obligaciones*, cit., pp. 93 y 94.

peligro, así como la necesidad o no de la causación de un perjuicio para el acreedor⁷⁷⁸.

Salvo raras excepciones, se viene exigiendo por parte de la doctrina y la jurisprudencia la existencia de una deuda para entender que el delito se ha consumado⁷⁷⁹. Efectivamente, sin deuda no hay crédito que garantizar y probar; no obstante las opiniones se distancian cuando se aborda la cuestión de la liquidez, vencimiento y exigibilidad. La doctrina mayoritaria así como la jurisprudencia se orientan en la línea de aceptar la comisión del delito aun cuando la deuda no sea líquida, exigible ni esté vencida. En opinión de autores como TERRADILLOS BASOCO, de no entenderse de esta forma se obligaría al acreedor a no ejercer la acción penal contra el deudor alzado hasta el vencimiento de la obligación, lo que implica la reducción injustificada de la operatividad del precepto⁷⁸⁰. Por su parte, NIETO MARTÍN también se manifiesta contrario a la necesidad de la exigibilidad de la deuda como requisito objetivo del tipo; no obstante sí que considera preceptiva la previsibilidad del vencimiento y la reclamación del pago de la deuda. A su juicio, el hecho de que el deudor deba actuar en perjuicio de sus acreedores

⁷⁷⁸ Vid. al respecto el epígrafe II de este Capítulo Cuarto.

⁷⁷⁹ Sobre la posibilidad de admitir el delito de alzamiento de bienes antes de la existencia de la deuda se ha manifestado **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 225, para quien tal hipótesis es perfectamente posible. Concretamente dice <<si una persona contrae determinada obligación de naturaleza pecuniaria, busca y provoca fraudulentamente su propio estado de insolvencia con carácter previo a aquella, esta conducta podría y debería ser calificada como un verdadero alzamiento de bienes. A nadie se le ocurriría insolventarse intencionadamente, por el simple hecho de hacerlo, si no tiene deudas que cumplir, o si no prevé contraerlas a corto plazo>>. En el caso de que la deuda nunca llegue a nacer, ese estaría en presencia de un <<alzamiento de bienes inacabado>> o de una tentativa de delito. Asimismo en la jurisprudencia puede verse la STS de 20 de abril de 1991 o la SAP de Barcelona de 22 de abril de 1996. A este respecto señala **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 47, que hablar de delito de alzamiento de bienes antes del nacimiento de la deuda puede calificarse como un <<disparate>>. Por su parte, **SUÁREZ GONZÁLEZ, C.-J.**, en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 519, califica a las sentencias que simplemente exigen la existencia de una expectativa de reclamación crediticia como fallos esporádicos de la jurisprudencia, y ello a pesar de la que dicha expectativa sea fundada. En el mismo sentido, **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 79.

⁷⁷⁹ Cfr. **VIVES ANTÓN, T.-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 46.

⁷⁸⁰ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 141 o **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 218.

implica que para éste el vencimiento y la consecuente exigibilidad de la deuda se van a producir con cierta seguridad⁷⁸¹.

Por todo ello y según la opinión dominante, desde el momento que la deuda nace, nada impide la comisión y consumación de un auténtico delito de alzamiento de bienes⁷⁸². Así por ejemplo la SAP de Cáceres de 27 de octubre de 2001 especifica que, a diferencia de lo que ocurre con el delito fiscal, aunque la cuantía sea dudosa puede apreciarse el delito siempre que la deuda haya nacido. En este sentido, la falta de determinación de la cuantía no afecta a la consideración por parte del tribunal de la existencia del tipo penal.

Sólo en el caso del art. 258 del CP es posible realizar los hechos antes del nacimiento de la obligación, ya que hasta que no se dictamina la responsabilidad civil derivada del delito no hay deuda. Sin embargo, no puede hablarse de tipicidad ni de consumación hasta que no recaiga la sentencia que dictamina la responsabilidad civil derivada de delito⁷⁸³.

Este sector doctrinal dominante cuenta además con el apoyo de la jurisprudencia actual que se ha adscrito a esta visión⁷⁸⁴. Debe no obstante apuntarse que no siempre ha sido así. Señaladamente en los años ochenta y principio de los noventa, el Tribunal Supremo se inclinó por desestimar la aplicación del delito cuando la deuda no fuese líquida, exigible y no estuviese vencida. Así lo ponen de manifiesto las SSTs de 25 de septiembre de 1982, de 10 de marzo de 1987 o 9 de diciembre de 1992⁷⁸⁵. Paulatinamente, el Alto Tribunal flexibilizó su posición y, en la actualidad, prescinde del requisito de la exigibilidad y el vencimiento. En este sentido se pronuncia recientemente en la

⁷⁸¹ Vid. NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, cit., marg.768. Su tesis se apoya además en la introducción por parte del legislador de este requisito en el art. 257. 1. 2º. En contra de esta interpretación y del uso del criterio de la <<previsibilidad>> como justificación de la innecesariedad de la exigibilidad puede verse GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 219.

⁷⁸² Cfr. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 46, YÁÑEZ VELASCO, R., *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., p. 165, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Acerca de las insolvencias punibles”, cit., p. 1159, OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 69 o MAGRO SERVET, V., “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, cit., p. 207.

⁷⁸³ Vid. extensamente *infra*. el epígrafe III.2 del Capítulo Quinto.

⁷⁸⁴ Vid. la STS de 27 de noviembre de 2001.

⁷⁸⁵ También pueden citarse la STS de 21 de octubre de 1996, la STS de 28 de mayo de 1992, la STS de 9 de marzo de 1992, la STS de 2 de marzo de 1992 o la STS de 16 de diciembre de 1991. En la jurisprudencia de los tribunales menores puede verse la SAP de Barcelona de 10 de mayo de 1999.

sentencia de 5 de julio de 2005, cuando afirma que uno de los requisitos del delito es <<la existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad>>.

En contra de esta visión preponderante, es posible sostener razonadamente que la consumación del delito de alzamiento de bienes exige no sólo la preexistencia de una deuda, sino también su liquidez, vencimiento y exigibilidad. Así se manifiestan RUIZ MARCO, HUERTA TOCILDO o MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, para quienes el presupuesto del delito de alzamiento de bienes surge ya con el nacimiento de la obligación y marca el momento en el que la acción típica puede empezar a ejecutarse. No obstante, una cosa es que pueda iniciarse el ocultamiento de bienes y otra que el delito pueda entenderse perfeccionado⁷⁸⁶. En consonancia con lo que anteriormente se expuso sobre el contenido del injusto⁷⁸⁷, el delito de alzamiento de bienes se configura en opinión de los citados autores como un delito de lesión. Para su consumación es necesario el perjuicio para el acreedor, el cual sólo se puede constatar tras el vencimiento de la deuda. Antes de este momento se podrá prever el acaecimiento del perjuicio, pero en modo alguno certificarlo. Para sostener por tanto esta tesis es preciso además exigir el vencimiento de la deuda y su exigibilidad.

V. Objeto material.

El delito de alzamiento de bienes consiste en la ocultación o destrucción del patrimonio de un deudor para provocar su insolvencia y evitar de esta forma el pago de las obligaciones crediticias contraídas. La conducta del deudor recae por tanto sobre sus propios bienes y derechos, de forma que el acreedor no puede encontrar patrimonio alguno sobre el que satisfacer su crédito. El deudor burla de este modo la garantía patrimonial establecida en el art. 1.911 del C.c, según el cual del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros. Con su actuación, el

⁷⁸⁶ Vid. RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., p. 142, HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 808 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., pp. 47 y 48.

⁷⁸⁷ Vid. el epígrafe II. 3. b) de este Capítulo Cuarto.

deudor hace desaparecer los bienes y derechos que constituyen por imperativo legal la garantía universal del derecho de crédito.

Así pues, el objeto material del delito de alzamiento de bienes se conforma por el total de los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor⁷⁸⁸. Y es que, como el propio legislador se expresa, comete delito de alzamiento de bienes el que se alce con <<sus bienes>> en perjuicio de sus acreedores. Si bien este extremo está claro, ciertas matizaciones son necesarias para comprender con exactitud cuál es el objeto material del delito de alzamiento.

En línea de principio, la doctrina mayoritaria opta por entender que los bienes ocultados o destruidos han de pertenecer al deudor a título de propiedad, es decir, no basta la mera posesión⁷⁸⁹. En este sentido, no será objeto material del alzamiento de bienes los objetos que sobre los que se tenga posesión por mandato o depósito. El depositario o mandatario son simples poseedores. La acción de devolución de la cosa depositada no puede, por tanto, considerarse apta para la comisión del delito de alzamiento de bienes⁷⁹⁰. Lo que sí podría constituir delito es la ocultación de la cosa por parte del depositario o el mandatario con la finalidad de apartarla del alcance de su dueño legítimo. No obstante, dicha actuación no podría nunca calificarse como delito de alzamiento de bienes, sino como una apropiación indebida o, en su caso, una estafa si medió engaño en el momento de celebrar el contrato de mandato o depósito⁷⁹¹.

Con todo, y si bien los ejemplos expuestos muestran algunos de los supuestos en los que la posesión no es suficiente para cometer el delito, es posible encontrar otros casos en lo que la carencia de la cualidad de propietario de los bienes o derechos ocultados no impide la comisión del tipo penal de alzamiento de bienes. Así sucede, por ejemplo, con el derecho de usufructo. El usufructo implica un derecho de disfrute valorable económicamente y, por ello, resulta válido para garantizar el derecho de

⁷⁸⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 130 VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 51, RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., p. 352, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 48 o GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 199.

⁷⁸⁹ Vid. por todos MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 131.

⁷⁹⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 131.

⁷⁹¹ Vid. JAÉN VALLEJO, M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 31.

satisfacción de los créditos de los acreedores⁷⁹². El usufructuario tiene derecho a todos los beneficios y frutos que pueda generar la cosa usufructuada. Puede además transmitir su derecho de usufructo o arrendar la cosa objeto del usufructo y recibir a cambio una contraprestación económica⁷⁹³. La ocultación de la existencia del derecho de usufructo o de los beneficios nacidos de éste puede derivar en la declaración de la insolvencia y en la aplicación del delito.

Tampoco se exige la condición de propietario cuando quien realiza el alzamiento de bienes es un administrador representante de una persona jurídica. En este sentido, los administradores actúan por cuenta y en representación de la persona jurídica, administrando los bienes y derechos que pertenecen a la entidad representada. Por ello, los administradores toman decisiones sobre bienes y derechos que no les pertenecen, es decir, no son propietarios de los bienes y derechos que administran; no obstante, pueden cometer el delito de alzamiento de bienes por la vía de las <<actuaciones en nombre o en lugar de otro>> del art. 31 del CP. Y, como indica el citado artículo, su aplicación se extiende tanto al administrador de derecho como al administrador de hecho. Podrá cometer el delito tanto el administrador que es nombrado cumpliendo todos los requisitos exigidos por la ley, como el sujeto que asume funciones fácticas de administración⁷⁹⁴. La diferencia entre uno y otro consiste en que el primero posee y decide sobre los bienes y derechos habilitados por un título, y el segundo no.

Al mismo tiempo, ha de tratarse de bienes embargables⁷⁹⁵. Se excluyen del objeto material los bienes inembargables, porque sobre ellos el acreedor no puede hacer efectivo su crédito. Sobre estos bienes no puede recaer un procedimiento ejecutivo y, por tanto, no son valores realizables⁷⁹⁶. Su ocultación o destrucción no tendría entonces efectos sobre el interés jurídico

⁷⁹² Vid. **QUINTERO OLIVARES, G.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 100 y 101. De la misma opinión **QUERALT JIMÉNEZ, J-J.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 703 y **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., p. 550. En la jurisprudencia puede verse la SAP de Alicante de 15 de noviembre de 2002.

⁷⁹³ Vid. **LASARTE, C.**, *Principios de Derecho Civil. Tomo IV, Propiedad y Derechos reales de goce*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2006, p. 332 y ss.

⁷⁹⁴ Puede verse ampliamente estos conceptos en el epígrafe XII. 2 de este Capítulo.

⁷⁹⁵ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 133, **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 51, **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 48 o **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 207.

⁷⁹⁶ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 387.

tutelado en el delito de alzamiento de bienes⁷⁹⁷. Según el art. 1.149 de la LEC son inembargables el lecho cotidiano del deudor, de su cónyuge e hijos⁷⁹⁸, las ropas del preciso uso de los mismos, el mobiliario, libros e instrumentos indispensables para el ejercicio de la profesión, arte y oficio a que aquél pueda estar dedicado legalmente. Asimismo, se excluyen de un eventual embargo el salario, jornal, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.

Por otra parte, el término <<bienes>> ha de entenderse en sentido amplio. Así han de incluirse en este concepto tanto los bienes muebles e inmuebles, como la totalidad de los derechos cuya titularidad pertenece al deudor. Y, a la vez, los bienes y derechos pueden ser presentes o futuros. Sobre este último aspecto pueden generarse dudas cuando se trata de decidir sobre la idoneidad de las expectativas como objeto material del delito y sobre el significado que en el delito de alzamiento de bienes adquiere el concepto de bienes futuros.

Respecto de las expectativas, y según VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, éstas no pueden considerarse objeto material del delito de alzamiento de bienes, salvo si se transfieren a título oneroso⁷⁹⁹. Así sucedería por ejemplo con la venta de esperanza *-emptio spei-*. A través de un contrato atípico, las partes pueden convenir en celebrar una compraventa de una cosa u objeto que no existe todavía en el momento de contratar. El comprador paga la cosa aunque esta no llegue a existir nunca. Mediante la figura de la *emptio spei* o compraventa de esperanza es posible recibir el precio antes de que la cosa objeto de la venta exista⁸⁰⁰. El vendedor recibe, por tanto, una

⁷⁹⁷ Vid. RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., p. 353.

⁷⁹⁸ En opinión de RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., pp. 353 y 354, el concepto de lecho cotidiano del deudor debe extenderse al concepto más amplio de vivienda habitual. Atendiendo a la práctica, expone el citado autor que en muchos casos la vivienda habitual del deudor constituye el objeto material del delito de alzamiento de bienes. Ello podría conducir a situaciones dramáticas a la hora de aplicar la sanción penal y a un incumplimiento del derecho a una vivienda digna. Para evitarlo, propone RUIZ MARCO que debería reformarse el delito de alzamiento de bienes de tal forma que se excluyese expresamente de la órbita del tipo la vivienda del deudor. De la misma opinión puede verse GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 208 y 209, para quien la vivienda tiene encomendada una función social establecida por la Constitución que debe prevalecer por encima de cualquier responsabilidad patrimonial.

⁷⁹⁹ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 51.

⁸⁰⁰ Vid. LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil. Tomo III, Contratos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2006, p. 216. Esta figura no ha de confundirse con la venta de cosa futura, ya que en este último supuesto el comprador no está obligado a pagar el precio hasta que la cosa exista. La

contraprestación por una expectativa que él se compromete a transformar en una realidad. Por ejemplo, el comprador paga X cantidad de dinero a un pescador por el total de la pesca del mes siguiente. Así pues, se trata de una expectativa por la que el vendedor recibe una cantidad de dinero antes de que dicha expectativa se actualice.

La afirmación de los citados autores es acertada desde el punto de vista de que a los efectos de apreciar el delito sólo aquellos bienes y derechos que formen parte integrante del patrimonio del deudor pueden ser ocultados o destruidos. En este sentido, los bienes y derecho cuya creación dependen de un <<futurible>> y todavía no han pasado a integrarse en el patrimonio del deudor carecen de relevancia a la hora de apreciar el delito y pertenecen al campo de la especulación⁸⁰¹. En conclusión, la simple expectativa no puede contemplarse como objeto material del delito.

Cosa diferente es que, tras el nacimiento o vencimiento de la deuda, puedan adquirirse bienes o derechos distintos de los que se disponía en esos momentos. Los bienes adquiridos con posterioridad a la fecha de asunción o vencimiento de la deuda forman ya parte del patrimonio del deudor y quedan por tanto afectos a la garantía patrimonial del art. 1.911 del C.c.⁸⁰². Será desde ese instante cuando el comportamiento del sujeto activo tenga verdadera trascendencia, pero nunca antes⁸⁰³. Así por ejemplo, es posible que tras el nacimiento o vencimiento de la deuda el deudor obtenga bienes susceptibles de embargo y los haga desaparecer. En el primer caso se aplicaría el tipo básico de alzamiento de bienes y en el segundo caso la modalidad específica del art. 257. 1. 2º del CP. Éste parece ser el significado que debe darse al concepto de bienes futuros en el ámbito del delito de alzamiento de bienes.

expectativa que se genera no es idónea para constituir el objeto material del delito de alzamiento de bienes, pues la contraprestación no se recibe hasta que la cosa existe realmente. El hecho de que no se haya recibido el precio impide que pueda frustrarse el crédito del acreedor. Se trata de una expectativa que sólo genera un compromiso de venta en un futuro incierto, pero que no hace surgir el derecho de crédito. Por ejemplo, el pescador se compromete a vender el total de la pesca del mes de siguiente, a cambio de una cantidad X. Dicha cantidad se abonará cuando se entregue la mercancía. Efectuada la entrega, surgirá la obligación de pago para el comprador y el derecho de crédito a favor del pescador.

⁸⁰¹ Vid. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 202.

⁸⁰² Vid. **QUINTERO OLIVARES, G.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 102.

⁸⁰³ Vid. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 202.

VI. La conducta típica.

VI. 1- El concepto de alzarse.

El término alzarse puede definirse como la sustracción de todo o parte de los bienes de un deudor a la función de garantía que le es propia, cualquiera que sea el mecanismo que se utilice para lograr esa finalidad⁸⁰⁴. Como se ha destacado por algún autor en la doctrina, el término alzarse comprende una inagotable gama de conductas, tantas como puede producir el también inagotable ingenio y la amplia inventiva de los deudores⁸⁰⁵. Lo que sí está claro es que se trata de una conducta mediante la cual el deudor actúa sobre sus propios bienes, nunca sobre bienes ajenos pertenecientes a un tercero⁸⁰⁶.

En consonancia con la definición proporcionada y los ejemplos extraídos de la práctica, puede decirse que el alzamiento de bienes es un tipo penal que no posee modalidades específicas de acción. Por lo general, el deudor suele recurrir a dos formas para conseguir el alzamiento de los bienes, esto es, a la ocultación física o jurídica⁸⁰⁷. Es posible, asimismo, la destrucción de los bienes por el deudor, no obstante esta hipótesis es menos frecuente. No se descarta por tanto que el deudor opte por la destrucción de los bienes, pero en la práctica no suele producirse.

Si se examina la jurisprudencia, se podrá comprobar cómo en la mayoría de los supuestos la acción del deudor consiste en sustraer los bienes al poder de agresión del acreedor. Alzarse equivale así a quedarse con los bienes colocándose el deudor en situación de insolvencia para eludir el pago de las deudas contraídas⁸⁰⁸. La necesidad de que se constate la insolvencia como efecto derivado de los actos de ocultación apoya la ya conocida afirmación de MUÑOZ CONDE de que el término <<alzarse>> equivale a

⁸⁰⁴ Vid. **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A., (Dir)**, *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 606 o **TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 141.

⁸⁰⁵ Vid. **CUESTA MERINO, J-L.**, “La instrucción en los delitos de insolvencia punible”, cit., p. 556.

⁸⁰⁶ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 51, **TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 141, **CAEIRO, P.**, “A relevância da insolvência e da insolvabilidade nos crimes falenciais”, cit., p. 228 o **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 200.

⁸⁰⁷ Vid. **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., pp. 63 y **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 56.

⁸⁰⁸ Vid. **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 63.

<<insolventarse>>. Lo importante es, en definitiva, la producción de la insolvencia y no tanto la forma en que se consigue⁸⁰⁹.

Los actos de ocultación contribuyen a crear una imagen ficticia de insolvencia en la que se muestra un activo inferior al real o un pasivo superior al que correspondería en circunstancias normales⁸¹⁰. Para alcanzar dicho resultado no se especifica por el legislador un *modus operandi*, de forma que todas las modalidades que a continuación se exponen y otras muchas pueden ser medios válidos para provocar el desequilibrio patrimonial. El elenco de posibles conductas constitutivas de alzamiento de bienes es tan amplio como

⁸⁰⁹ Vid. **QUINTERO OLIVARES, G.**, “Las insolvencias punibles en el Derecho penal español”, cit., p. 516.

⁸¹⁰ Vid. **TIEDEMANN, K.**, “Wirtschaftsstrafrecht: sein Umfang und seine Bedeutung für Strafrecht und Wirtschaft”, en *Revista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia*, Cedam, Padova 1988, p. 32, **FISCHER, T.**, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., p. 2073 o **PRADEL, J./ DANTI-JUAN, M.**, *Droit Pénal Spécial. Droit Commun. Droit des affaires*, cit., p. 728. Por otro lado, y como apunta **CAEIRO**, lo que no se admite como conducta adecuada para la comisión del delito de insolvencia del art. 227. 1 y 2 del CPP -delitos asimilables al tipo básico de alzamiento de bienes- es el aumento ficticio del activo. Y, esta afirmación es lógica por cuanto aumentar el patrimonio implica esconder la situación de insolvencia, que es precisamente lo que el alzado no pretende. Lo que puede suceder es que, un sujeto insolvente consiga ficticiamente disimular su situación de crisis económica, de forma que consiga crédito para seguir realizando operaciones en el mercado. Si posteriormente se impagan las deudas adquiridas en fraude y se demuestra que el deudor actuó dolosamente, el tipo que habría que aplicar es el de estafa. Vid. **CAEIRO, P.**, “Crimes contra o patrimonio”, cit., p. 413. Asimismo, véase **RODRÍGUEZ MOURULLO, G.**, “Acerca de las insolvencias punibles”, cit., p. 1160 y el epígrafe XIII. 1 de este Capítulo Cuarto. Tampoco en la legislación italiana la simulación de la insolvencia constituye un delito de insolvencia sino que se tipifica en el art. 621 del CPI, el cual constituye una especie de estafa. A pesar de que el art. 621 es conocido por todos como el delito de <<insolvenza fraudolenta>>, no se trata de un genuino delito de insolvencia desde la perspectiva del Derecho español. La conducta descrita en el tipo equivale en España a un delito de estafa. Vid. **GAROFOLI, R.**, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale II*, Giuffrè Editore, Milano 2005, pp. 373 y ss. Por su parte, el legislador portugués ha creado en el art. 227. 1. d) una curiosa modalidad específica de insolvencia dolosa, consistente en la ocultación de la situación de insolvencia para comprar mercancías a crédito, venderlas a un precio inferior al corriente y con el pago obtenido retardar la <<falencia>> -insolvencia judicialmente declarada-. El deudor no causa en realidad su insolvencia sino que la oculta. Dicho delito se asemeja en gran medida al tipo penal del § 283. I. Nr. 3 del StGB, según el cual se castiga a quien en caso de endeudamiento excesivo o de su amenaza o en caso de incapacidad de pago consiga a crédito mercancías para venderlas a un precio muy inferior en el mercado. Vid. sobre esta conducta delictiva **FISCHER, T.**, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., p. 2083. Según la doctrina portuguesa, y respecto al mencionado art. 227 del CCP, se trataría de un delito de peligro, que requeriría para su consumación la constatación de un ánimo específico distinto incluso del ánimo de perjudicar a los acreedores. La finalidad que ha de perseguir el deudor no deja de ser curiosa sobre todo por su especificidad, ya que consiste en la intención de vender las mercancías compradas a crédito a un precio inferior al normal y retardar así la declaración judicial de la insolvencia. En caso de no comprobarse la concurrencia de todos los elementos del tipo, el aumento ficticio del patrimonio podría ser reconducido a un delito de burla -estafa-. Vid. al respecto **CAEIRO, P.**, *Sobre a natureza dos crimes falenciais*, cit., p. 196.

variado. Sería tan imposible como inútil intentar elaborar una lista con las posibles conductas de alzamiento ya que, en palabras de MUÑOZ CONDE, el ingenio de los deudores podría crear formas nuevas⁸¹¹. Lo que sigue a continuación es únicamente una muestra de los casos más frecuentes que dan lugar a la apreciación del delito.

Constituyen claros ejemplos de conductas constitutivas de alzamiento la enajenación ficticia de bienes -bien por la falta de transmisión de la cosa vendida, bien por la transmisión ilícita pactada entre el deudor y el acreedor-, la simulación de deuda, la constitución de hipoteca a favor de tercero, la modificación del régimen matrimonial, la modificación del convenio de separación matrimonial o la cesión de créditos.

Uno de los supuestos prototípicos es aquel en que se encubre u oculta bajo la forma de contrato aparentemente oneroso una atribución que realmente es gratuita o casi gratuita. Piénsese por ejemplo en casos en que el precio real no se corresponde con el especificado en el contrato, es irrisorio o nunca se llega a pagar⁸¹². Con ello se favorecería a la parte participa del fraude y perjudicaría a los terceros acreedores con deudas pendientes de cobro.

También habrá simulación cuando el deudor compre bienes y los ponga a nombre de persona distinta. Así lo entendieron los tribunales de justicia en la STS de 15 de febrero de 1995, cuando el Alto Tribunal condena por alzamiento de bienes a un sujeto que compra una finca y consigue que el transmitente otorgue la escritura a nombre de sus padres.

La creación de gravámenes ficticios puede ser un medio para aumentar el pasivo. El pago de deudas ficticias puede conducir a una disminución del patrimonio del sujeto activo del delito sin que los bienes dejen de salir de la esfera de dominio del éste. Así, deudor y falso acreedor convienen en materializar un pago que aparentemente es legal pero que en el fondo esconde un fraude al resto de acreedores⁸¹³. El falso acreedor recibe una contraprestación que posiblemente nunca llegará a ser suya *de facto*. Lo que en realidad pretenden deudor y acreedor ficticios es sustraer los bienes al alcance del resto de acreedores para que el deudor conserve los bienes. Puede incluso suceder que la deuda exista pero que se aumente su cuantía⁸¹⁴.

⁸¹¹ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 115.

⁸¹² Vid. STS de 31 de enero de 2003.

⁸¹³ Vid. como ejemplo la STS de 7 de octubre de 1999.

⁸¹⁴ Vid. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 86.

Paradigmática es además la ocultación de bienes mediante otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Lo que suele ocurrir es que, al liquidar la sociedad de gananciales, uno de los cónyuges se adjudica los bienes dotados de mayor valor económico y la otra parte los carentes de verdadera entidad económica como acciones o participaciones sin valor alguno, un coche viejo, etc⁸¹⁵. La transformación del inicial régimen matrimonial de gananciales al de separación de bienes favorece al cónyuge no deudor, de forma que éste se queda con casi todos los bienes o con los más valiosos⁸¹⁶. Por otro lado y además de las capitulaciones matrimoniales, los cónyuges pueden donarse o vender entre ellos bienes privativos o incluso gananciales. Aunque en principio tales desplazamientos patrimoniales son viables y perfectamente legales pueden ser en ocasiones peligrosos para los acreedores⁸¹⁷.

Es posible hablar de fraude también en casos en los que se utilizan testaferros o sujetos intermedios para despatrimonializar empresas⁸¹⁸. Así lo entendió la Audiencia Provincial de Palencia en sentencia de 6 de febrero de 2001, ya que condena por alzamiento a un sujeto que utiliza como testaferros a sus dos hijos para constituir una sociedad ficticia a la que gratuitamente se ceden todos los bienes de la suya propia. Con la creación de la nueva sociedad se despatrimonializa la empresa del acusado que no puede hacer frente a las obligaciones contraídas.

Como indicios de conducta fraudulenta que en la práctica se repiten cotidianamente pueden citarse entre otros la enajenación por los vendedores o donantes de la totalidad o casi la totalidad de sus bienes, la falta de precio, la falta de material de ejecución de los acuerdos -v. gr. que los transmitentes

⁸¹⁵ Como ejemplo de esta conducta puede verse la STS de 17 de octubre de 2005 en la que no sólo se otorgan capitulaciones matrimoniales con el ánimo de defraudar, sino que además se realiza una donación a familiares cercanos, quienes en todo momento fueron conscientes de la crisis económica que atravesaba el deudor. Finalmente fueron condenados por alzamiento el deudor y su cónyuge así como el matrimonio de familiares que aceptó la donación. Vid. un supuesto similar en la STS de 14 de enero de 2003.

⁸¹⁶ Vid. **MESTRE DELGADO, E.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 320.

⁸¹⁷ Vid. **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 111. En la jurisprudencia puede verse un claro ejemplo de esta conducta en la STS de 30 de junio de 2005. En el caso planteado y tras haber establecido el régimen de separación de bienes en sustitución del de gananciales, el marido efectúa sucesivas ventas de sus bienes propios a su cónyuge. El Tribunal Supremo mantiene la condena por alzamiento de bienes a ambos en calidad de autor uno y cooperador necesario el otro.

⁸¹⁸ Vid. **CUESTA MERINO, J-L.**, “La instrucción en los delitos de insolvencia punible”, cit., p. 561.

sigan ocupando el inmueble vendido- o la imposibilidad económica de los adquirentes para cumplir las obligaciones que nacen del contrato estipulado⁸¹⁹.

Si bien hasta el momento los ejemplos expuestos consisten en la ocultación de bienes instrumentalizando las propias normas jurídicas para provocar la apariencia de insolvencia, también es posible que la ocultación se efectúe materialmente. Esta modalidad de comisión sólo puede efectuarse con aquellos bienes que pueden ser escondidos tales como géneros, mercancías, dinero y bienes muebles⁸²⁰. De la jurisprudencia pueden extraerse algunos ejemplos como el de la STS de 14 de diciembre de 2004. En dicha sentencia se condenó por delito de alzamiento a un empresario que para no pagar la hipoteca mobiliaria constituida sobre la maquinaria de su fábrica la escondió y ocultó físicamente.

VI. 2- La omisión.

Si algo tienen en común el total de las conductas expuestas en el epígrafe anterior es que todas ellas constituyen acciones activas. El sujeto activo <<hace>> algo, es decir, oculta, esconde o destruye los bienes propios. Dichas conductas no presentan en línea de principio problema alguno, ya que claramente se aprecia en ellas el nexo de unión entre la acción del sujeto activo y el resultado de insolvencia. Más discutida es cuestión relativa a la realización de la conducta de alzamiento de bienes por omisión pura o comisión por omisión. La pregunta que a continuación se plantea es si el deudor puede provocar su propia insolvencia limitándose a no evitarla.

Respecto de la primera cuestión la opinión de la doctrina converge en el convencimiento de que no es posible hablar de alzamiento de bienes omisivo⁸²¹. El delito de alzamiento no es un tipo de omisión pura ya que no se

⁸¹⁹ Vid. **CUESTA MERINO, J-L.**, “La instrucción en los delitos de insolvencia punible”, cit., p. 562.

⁸²⁰ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 116 o **BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 227.

⁸²¹ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 57, **RAMOS RUBIO, C.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., p. 33, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., pp. 65, **YÁÑEZ VELASCO, R.**, *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., p. 168 o **MAGRO SERVET, V.**, “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, cit., p. 211, **MAZA MARTÍN, J-M.**, “Las insolvencias punibles”, cit., p. 291 o **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 78. En la jurisprudencia puede verse la SAP de Córdoba de 16 de febrero de 2005.

satisface por un simple <<no hacer>>⁸²². La pasividad del deudor no puede dar lugar al delito de alzamiento. Por todo ello, no son conductas encuadrables en el tipo el abandono del trabajo para no pagar la pensión compensatoria o el hecho de no recoger una cosecha que se pierde por esta causa. En la jurisprudencia puede verse la STS de 22 de octubre de 1970, en la que el Tribunal estimó que no constituye el alzamiento de bienes el hecho de que un funcionario solicite la excedencia voluntaria.

Sobre la posibilidad de admitir la comisión por omisión en el delito de alzamiento de bienes, MUÑOZ CONDE plantea la cuestión de su posible aceptación en los casos en los que el deudor está sometido a un deber de actuar y ostenta una posición de garante que le obligue a evitar el perjuicio a los acreedores⁸²³. Dos son a su juicio los supuestos que se deben examinar.

En primer lugar el citado autor hace referencia a los casos en los que el deudor es requerido por la autoridad competente que va a realizar un embargo sobre su patrimonio y el deudor omite declarar los bienes que tiene. La conclusión a la que llega el citado autor es que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico que le imponga al deudor la obligación de cooperar para la localización de los bienes. Como tal deber no se reconoce ni expresa ni tácitamente en norma alguna, el hecho de que el deudor oculte la ubicación de los bienes no es asimilable a la comisión del delito de alzamiento por omisión.

Lo mismo puede decirse de la repudiación de la herencia por un heredero en perjuicio de sus acreedores. Según el art. 988 del C.c, la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres. Nuevamente, la falta del deber de aceptación implicaría la atipicidad de la conducta omisiva como delito de alzamiento⁸²⁴.

Sobre esta cuestión, QUINTERO OLIVARES parte de la idea contraria a la repudiación de la herencia como un acto omisivo. Para el citado autor, la renuncia exige una actividad determinada del heredero, mientras que la pasividad provoca el efecto contrario, esto es, la aceptación. A su vez, no considera válido el argumento de justificación de la conducta de repudiación en base al art. 988 del C.c, pues el propio Código Civil en la antigua versión

⁸²² Cfr. **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 17.

⁸²³ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 117 y ss. De la misma opinión que éste puede verse **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 57.

⁸²⁴ Vid. la SAP de Granada de 27 de febrero de 2003.

del art. 4 disponía que <<los derechos concedidos por las leyes son irrenunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de un tercero>>⁸²⁵. Así pues, el hecho de renunciar a la herencia sería un ejercicio abusivo de un derecho que impide justificar la conducta del deudor desde la perspectiva penal⁸²⁶.

Sobre estas últimas afirmaciones ha de decirse, sin embargo, que aun partiendo de la idea de que la renuncia constituye una acción y no una omisión, el hecho de renunciar a la herencia no implica un ocultamiento o destrucción de los bienes. Así pues, la conducta no encajaría *prima facie* en el concepto de alzarse con los bienes. A su vez, no debe olvidarse que los acreedores pueden ejercitar la acción subrogatoria en lugar del deudor y, de esta forma, podrían ejercitar el derecho en su lugar para satisfacer sus créditos -art. 1.001 del C. c-.

Más allá de estos dos supuestos, sería posible pensar en otros muchos en los que el deudor podría haber evitado su insolvencia y no lo hizo. Según DEL ROSAL BLASCO, el delito de alzamiento es un delito de resultado y, por ello, la omisión podría entenderse como la no evitación de ese resultado. No obstante, aunque en principio pudiera argumentarse que la conducta del deudor que no reclama los créditos a su favor provoca su insolvencia constituye una conducta omisiva de alzamiento de bienes, lo cierto es que no se cumpliría uno de los requisitos fundamentales de la comisión por omisión, esto es, la posición de garante del deudor⁸²⁷. En este sentido, opina MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que en el ámbito del delito de alzamiento de bienes no es imaginable una conducta omisiva que, por infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga a su causación⁸²⁸. En otras palabras, no puede sancionarse el hecho de no adquirir lo que podía haberse adquirido por el deudor en perjuicio de otros⁸²⁹.

⁸²⁵ El antiguo art. 4. 2 se corresponde actualmente con el art. 6.2 del C.c, según el cual <<la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros>>.

⁸²⁶ Vid. **QUINTERO OLIVARES, G.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 104. De la misma opinión **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 206 y 207 y **QUERALT JIMÉNEZ, J-J.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 704.

⁸²⁷ Vid. **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 18.

⁸²⁸ Cfr. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 468.

⁸²⁹ Cfr. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 58.

Sí aceptan la comisión por omisión BAJO FERNÁNDEZ/ SUÁREZ GONZÁLEZ en aquellos casos en los que la ocultación del dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos se efectúa en el balance⁸³⁰. Según los autores, el hecho de ocultar dinero, créditos, género u otra especie de bienes o derechos en el balance dificulta el ejercicio del derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos habida cuenta del deber de llevar una correcta contabilidad mercantil⁸³¹. Aunque los autores no llegan a decirlo, se entiende que el citado deber sitúa al deudor en una posición de garante. Cuando el deudor oculta el dinero o los bienes del balance <<omite>> ese deber y como consecuencia de dicha inobservancia se causa el resultado de insolvencia. De esta forma expresado, parece que en principio se cumplen los requisitos de la comisión por omisión, esto es, el sujeto que ocupa la posición de garante, la ausencia de una acción determinada, la capacidad de realizar la acción, la producción de un resultado y la posibilidad de haberlo evitado⁸³². Inicialmente, la opinión de los citados autores parece pues dogmáticamente correcta.

Con todo, esta tesis ha sido criticada por otro sector de la doctrina que entiende que dicha conducta no es realmente una omisión. En este sentido, el hecho de presentar un balance falseado constituye indubitadamente una acción y no una omisión. Al mismo tiempo, el hecho de que se falsee el balance no implica que el deudor haya sustraído sus bienes de forma que el acreedor no pueda perseguirlos⁸³³. Una cosa es la falsedad y otra la ocultación de los bienes que origina la insolvencia punible. En línea de principio dicha falsedad como tal falsedad ideológica no sería punible. El hecho que sí se consideraría punible sería la presentación de ese balance ante un juez de lo

⁸³⁰ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J., en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., pp. 226 y 227.

⁸³¹ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J., en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 227. El deber al que aluden los citados autores se recoge en el art. 25. 1 del C.co, según el cual <<todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario>>.

⁸³² Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 317 o SILVA SÁNCHEZ, J-M., “La comisión por omisión”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ASÚA BATARRITA, A., (Ed), Servicio Editorial del País Vasco, 1996, p. 37.

⁸³³ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 58 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 51.

mercantil con la intención de lograr la indebida declaración del concurso⁸³⁴. El delito que se cometería con esta actuación sería, en su caso, el delito concursal del art. 261 del CP.

La conclusión que se extrae de todos los supuestos analizados, es que en el delito de alzamiento de bienes no cabe hablar de comisión por omisión. Y esta afirmación es cierta, al menos cuando se habla de la autoría en comisión por omisión. No obstante, sí es posible la comisión por comisión por la vía de la participación, en los casos en los que el administrador de una sociedad obvia su deber de vigilancia y permite que otros administradores despatrimonialicen la sociedad. En este caso, tal y como se verá en sede de autoría y participación, existe una equivalencia estructural normativa parcial, lo cual permite sancionar al administrador como partícipe de un delito de alzamiento de bienes⁸³⁵.

VI. 3- El favorecimiento de acreedores y pago anticipado de deudas.

Generalmente cuando se habla de la **preterición o favorecimiento de acreedores** se está haciendo referencia aquella conducta del deudor consistente en el pago a uno o varios acreedores en perjuicio de los que pudieran precederle en el orden de prelación.

En línea de principio puede decirse que dicha conducta no encaja en ninguna de las modalidades del delito de alzamiento de bienes, o al menos de entrada no puede considerarse como una de las formas de comisivas del delito. Cuando el deudor obvia el orden de preferencia en el pago de sus obligaciones, no realiza desde el punto de vista del tipo básico del delito de alzamiento de bienes una acción que sea reprobable⁸³⁶.

⁸³⁴ Sobre esta conducta y la validez del balance como posible documento falseado puede verse **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 687, **FARALDO CABANA, P.**, “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal”, cit., pp. 314 y ss o **SOUTO GARCÍA, E-M.**, “Problemática concursal en torno al delito de presentación de datos contables falsos del art. 261 del CP. Especial referencia a sus relaciones con el delito de falsedad en documento de la sociedad”, cit., p. 902.

⁸³⁵ Vid. *infra*. el epígrafe XII. 2 de este Capítulo Cuarto.

⁸³⁶ Vid. **RODRIGUEZ DEVESA, J-M./ SERRANO GÓMEZ, A.**, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., p. 487, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 63, **TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 142 o **QUINTERO**

Varios son los motivos que ha esgrimido la doctrina para fundamentar que dicha conducta no debe ser sancionada. Así por ejemplo, MUÑOZ CONDE sostuvo en un primer momento que la conducta de favorecimiento de acreedores constituye una causa de justificación. A su juicio, cuando un deudor no tiene activos suficientes para saldar el total de sus deudas se genera un conflicto o colisión de deberes y el deudor es libre de elegir a quien pagar. La conducta no sería antijurídica por ajustarse al dictado del art. 20. 5 del CP, esto es, al estado de necesidad justificante⁸³⁷. Frente a esta teoría argumentan VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC que el hecho de que no exista un orden establecido para el pago implica que todos los créditos tienen el mismo valor. Consecuentemente, si todos los créditos valen lo mismo no puede hablarse de un estado de necesidad justificante. Como concluyen los autores citados, en realidad no existe una verdadera situación de necesidad⁸³⁸.

Consciente de esta objeción afirma MUÑOZ CONDE que <<quizás>> es preferible entender que el favorecimiento de acreedores encaja en el art. 20. 7 del CP porque constituye el legítimo ejercicio de un derecho. También a esta opinión puede objetarse que el derecho de disposición sobre los bienes no está exento de limitaciones ni se configura en el ordenamiento jurídico de modo libérrimo⁸³⁹.

Otro de los argumentos utilizados como fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal y de la antijuridicidad de esta conducta es la falta o inexistencia de la intención de perjudicar a los restantes acreedores⁸⁴⁰. El deudor que favorece a uno de sus acreedores pretende precisamente eso, favorecer a ese concreto acreedor y no perjudicar a los restantes. Así lo

OLIVARES, G., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 123 y “La polémica presencia del Derecho penal en los problemas concursales”, cit., p. 117.

⁸³⁷ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 157. De la misma opinión se muestran **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 388, aunque añaden que es necesario que el deudor no esté constreñido a satisfacer el crédito pospuesto en el pago con anterioridad al resto.

⁸³⁸ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 76 y 77. Por su parte, **GARCÍA SÁNCHEZ** opina que recurrir a ellas carece simple y totalmente de sentido. Vid. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 272.

⁸³⁹ Vid. **QUINTERO OLIVARES, G.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 123.

⁸⁴⁰ Vid. **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 21, **BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 229, **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 237 o **ROBLEDO VILLAR, A.**, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 250.

entendió el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de septiembre de 2001, cuando absolvió a un deudor que vendió una finca destinada al pago de una deuda y con el dinero pagó a otros acreedores distintos de los querellantes. Tras analizar los hechos el Alto Tribunal reconoció la concurrencia de los requisitos de existencia de la deuda, enajenación real y efectiva del único bien que patrimonialmente estaba destinado a la satisfacción de los créditos, situación de insolvencia provocada por tal enajenación y ocasionamiento de un perjuicio objetivo a un acreedor, ya que de no haberse producido la enajenación el embargo trabado habría surtido sus efectos. No obstante, absolvió al acusado por entender que su <<conducta puede ser arbitraria, y quizás egoísta, pero no típica, en cuanto no iba dirigida a provocar la ineffectividad de los créditos pendientes>>. El acusado no obtiene beneficio alguno con la enajenación ya que con lo obtenido satisface deudas distintas a las de los querellantes. Como se desconocen los motivos que llevaron al deudor a realizar esta conducta, el Tribunal determina la falta de ánimo de perjudicar y absuelve al acusado⁸⁴¹.

La decisión del Tribunal no puede compartirse en este trabajo, pues, como se sostiene en otros epígrafes de este Capítulo, no se exige por el tipo penal la intención específica de perjudicar a los acreedores⁸⁴². La falta de este ánimo de causar un perjuicio no puede, por tanto, ser el elemento que determine la inaplicación del delito. Las razones que tenga el deudor para provocar su insolvencia son intrascendentes a la hora de interpretar el delito. De esta forma, aun cuando lo que pretenda el deudor sea beneficiar a un acreedor, se apreciará el tipo penal si concurren los demás elementos del delito. En tal caso, no puede decirse que el deudor obre con el ánimo de perjudicar a los restantes acreedores; no obstante actúa con el conocimiento de que su conducta desembocará en dicho perjuicio. El dolo es, por tanto, el único elemento subjetivo que se requiere para consumar el delito.

Más allá de todas estas observaciones, lo cierto es que cuando el deudor favorece a uno o varios de sus acreedores no se queda realmente con los bienes, ni provoca o agrava su insolvencia⁸⁴³. El hecho de pagar a un acreedor

⁸⁴¹ En el mismo sentido puede verse la STS de 23 de febrero de 2001 o la SAP de Barcelona de 19 de julio de 2001.

⁸⁴² Vid. *infra*. el epígrafe VIII de este mismo Capítulo.

⁸⁴³ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 54, **NIETO MARTÍN, A.**, “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 769, **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 78 o **QUINTERO OLIVARES, G.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 123. En la jurisprudencia puede verse la SAP de Barcelona de 19 de julio de 2001 o la SAP de Tarragona de 1 de abril de 2001.

presupone a la vez la reducción del pasivo. Una deuda pagada es una deuda menos gravando el patrimonio del deudor. En definitiva, <<pagar>> no es equiparable a <<ocultar>> o a <<alzarse>>.

Por lo general y más allá de las salvedades que se expondrán en su momento, el deudor es libre de decidir a quién de entre sus acreedores paga primero. Esta afirmación no plantea problema alguno cuando el deudor tiene bienes suficientes para satisfacer el total de las obligaciones contraídas, esto es, cuando no hay insolvencia⁸⁴⁴. Si el deudor es solvente y el patrimonio es bastante para cubrir las deudas, no hay derechos de crédito alguno puesto en peligro o lesionado. Contrariamente, cuando el patrimonio del deudor resulta insuficiente para pagar al total de sus acreedores, cabe preguntarse si esa libertad se mantiene o si puede representar un peligro para los titulares crediticios.

La doctrina mayoritaria se decanta por entender que la conducta será atípica siempre que el deudor pague a acreedores legítimos y no exista un orden legalmente preestablecido⁸⁴⁵. Así planteado el supuesto, el deudor se mueve dentro de un espacio de riesgo permitido y la libertad de disposición debe ser el interés preponderante⁸⁴⁶. El hecho de pagar a un acreedor legítimo no modifica la situación patrimonial del deudor⁸⁴⁷. Si éste era insolvente seguirá siéndolo y no se agrava la situación económica del deudor, porque aunque el activo disminuye el pasivo lo hace correlativamente y en la misma medida⁸⁴⁸. El pago a un acreedor en posposición del otro no es una modalidad del alzamiento de bienes, es decir, el pagar a unos frente a otros no se puede considerarse como un instrumento apto para provocar la insolvencia⁸⁴⁹. Como

⁸⁴⁴ Vid. **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de quiebra*, cit., p. 55.

⁸⁴⁵ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 154 y 156, **BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 229 o **TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 142.

⁸⁴⁶ Vid. **PAREDES CASTAÑÓN, J-M.**, “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes”, cit., pp. 1655 y 1656.

⁸⁴⁷ Como se puede observar se hace se insiste en el hecho de que el acreedor debe ser legítimo pues de no serlo y comprobarse que se trata de un acreedor simulado el pago podría anularse por tratarse de un acto en fraude de acreedores. Los acreedores podrían utilizar la acción pauliana o revocatoria del art. 1.111. del C.c.

⁸⁴⁸ Vid. STS de 15 de diciembre de 2004.

⁸⁴⁹ Vid. **QUINTERO OLIVARES, G.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 123 o más recientemente **QUINTERO OLIVARES, G.**, “De las insolvencias punibles”, cit., p. 714 o **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de quiebra*, cit., p. 57.

la insolvencia ya preexistía, no puede decirse que el desequilibrio patrimonial nazca de la actuación del deudor que prioriza a unos acreedores frente a otros.

Con todo, es posible establecer limitaciones a la libertad de disposición del deudor. La doctrina ha señalado como límite a esta libertad la existencia de una obligación legalmente impuesta al deudor de seguir un orden en la satisfacción de las deudas. Precisamente este dato es el que ha utilizado el legislador de 1995 en el art. 259 del CP para sancionar el favorecimiento de acreedores en el seno de un procedimiento concursal. Una vez admitida a trámite la solicitud del concurso, la libertad de decisión del deudor concursado se ve coartada y sometida a las normas del procedimiento. El espacio de riesgo permitido se reduce trasformando en no permitidos determinados actos de disposición⁸⁵⁰. Si el deudor realiza pagos a uno o varios acreedores en contra de la norma concursal, puede ser sancionado con una pena de uno a cuatro años⁸⁵¹. Tipificando este favorecimiento de acreedores postconcursal se protege tanto la operatividad del procedimiento concursal como el principio <<par conditio creditorum>>.

A juicio de VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, lo mismo puede decirse del tipo penal descrito en el art. 257. 1. 2º del CP, ya que una vez iniciado un procedimiento de ejecución se limita el derecho del deudor de disponer libremente de su patrimonio. Si el deudor desobedece el mandato legal de no disposición y se comprueba la concurrencia de los restantes requisitos del tipo, el favorecimiento de acreedores sí podría dar lugar a un ilícito penal⁸⁵².

Si bien la tesis de los autores parece adecuada, ha de decirse además que el favorecimiento de acreedores en este último supuesto es punible porque a través de él se obstaculiza la vía ejecutiva, y no sólo por existir una prohibición de disposición de los bienes por parte del deudor. En otras palabras, el hecho de que el deudor disponga de los bienes para pagar a un acreedor distinto del beneficiario de la ejecución lesiona el derecho de este último. En este sentido,

⁸⁵⁰ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J-M., “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes”, cit., p. 1656.

⁸⁵¹ Sobre el contenido de esta conducta puede verse ampliamente GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de quiebra*, cit., pp. 43 y ss.

⁸⁵² Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 54. Asimismo CUESTA MERINO, J-L., “La instrucción en los delitos de insolvencia punible”, cit., p. 566, TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 143 y BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., p. 388.

el cobro de su deuda se verá todavía más dilatado en el tiempo, pudiendo incluso producirse el fracaso de la vía ejecutiva⁸⁵³.

Al mismo tiempo, para entender que la conducta de favorecimiento es punible, ha de partirse de que el deudor es insolvente en el momento de iniciarse el procedimiento ejecutivo. ¿Por qué? Porque para que se aplique un delito de insolvencia es preceptiva la existencia de ésta y porque, como se ha dicho, el favorecimiento de acreedores no es un medio válido para provocar la insolvencia. Así pues, la conducta será sancionable porque obstaculiza, dilata o hace fracasar el procedimiento ejecutivo cuando el deudor ya se encuentra inmerso en la crisis económica.

Así lo entendió el Tribunal Supremo en una sentencia de 23 de julio de 2001. En el caso concreto, el deudor objeto de un embargo por impago de una deuda proveniente de un despido improcedente solicita un crédito a una entidad bancaria, constituyendo una hipoteca sobre el bien objeto del embargo. Con el dinero obtenido paga a la propia entidad otro crédito que tenía pendiente, de forma que impide que tenga éxito el procedimiento ejecutivo por la deuda que había adquirido con el trabajador que inicio el procedimiento de embargo. El Alto Tribunal entendió en dicha resolución que el deudor había cometido delito de alzamiento de bienes aun cuando se había destinado el dinero a la satisfacción del interés de otro acreedor legítimo⁸⁵⁴. A su juicio, en el caso de que exista un constreñimiento jurídico el deudor no puede anticipar el pago de otras deudas cuando dicho pago impide que los demás cobren por ser el deudor insolvente⁸⁵⁵. El Tribunal se muestra claro en este aspecto y afirma que <<cuando exista este constreñimiento jurídico debe estimarse que no existe causa de justificación que ampare tal anticipación del

⁸⁵³ Puede verse un ejemplo de este supuesto con resolución condenatoria en la STS de 6 de junio de 1991.

⁸⁵⁴ Asimismo puede verse la SAP de Murcia de 25 de febrero de 2004 en la que se solventa un caso similar. Posteriormente en vía de recurso el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de septiembre de 2005 cambia el sentido de la resolución, absolviendo al acusado por entender que el delito alzamiento no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos.

⁸⁵⁵ Vid. **MUÑOZ CUESTA, J.**, “Posturas jurisprudenciales divergentes sobre el alzamiento de bienes previsto en el art. 257.1.2º del Código Penal”, en *Repertorio de Jurisprudencia*, nº 30, Aranzadi, Elcano 2006, pp. 16 y 18 **CERES MONTES, J-F.**, “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 288, o **SOTO NIETO, F.**, “Alzamiento de bienes. Aspectos varios de su dinámica delictiva”, cit., p. 1778. Diametralmente opuestos a esta opinión son los pronunciamientos del Tribunal Supremo en las sentencias de 20 de septiembre de 2005 y 19 de enero de 2006. En esta ocasión el Tribunal no contempla la existencia del constreñimiento jurídico como impedimento para que el deudor utilice sus bienes para el pago de las restantes deudas.

pago, y que en consecuencia y en la medida en que con el pago efectuado se ha constituido una situación de insolvencia (...), ha de estimarse tal acción incurso en el nuevo supuesto contemplado en el art. 257.1. párrafo segundo>>.

Contrariamente, si el deudor objeto del procedimiento de ejecución es solvente cuando éste se inicia y antes del proceder al favorecimiento, ya no podría hablarse en modo alguno de alzamiento de bienes. En este sentido, y como ya se expuso, es compartido por prácticamente la totalidad de la doctrina y la jurisprudencia, el alzamiento específico del art. 257.1. 2º del CP también requiere que se provoque la insolvencia con los actos dispositivos del deudor⁸⁵⁶. Partiendo de esta premisa y si se tiene en cuenta que el favorecimiento de acreedores no implica una alteración de la situación patrimonial del deudor, parece claro que desde el punto de vista penal la conducta es atípica. En este concreto supuesto, el favorecimiento ni provoca la insolvencia ni la agrava. La conducta podría ser, en su caso, anulable desde el punto de vista del Derecho privado pero nunca sancionada por el Derecho penal. Sin estado de insolvencia no puede existir delito de alzamiento de bienes, y ello independientemente de que se pruebe que el deudor actuó dolosamente provocando la dilación del procedimiento.

Autores como RODRÍGUEZ MOURULLO también admiten la tipificación del favorecimiento de acreedores por la vía del art. 257. 1. 2º, pero la califican como una intervención penal demasiado extensiva y desproporcionada⁸⁵⁷. A su juicio, es posible oponer varias razones a la sanción penal de esta conducta. En primer lugar, en este tipo de conductas no hay distracción patrimonial⁸⁵⁸. Y, en segundo lugar, la innecesariedad de la tipificación de esta conducta se ve reforzada con la interpretación sistemática que de los delitos de insolvencia se hace. Es decir, el hecho de que el favorecimiento de acreedores se haya tipificado exclusivamente en el caso de

⁸⁵⁶ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 809, **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 81 o **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 74 y 75. Asimismo lo entiende la STS de 23 de julio de 2001 que es analizada en el texto. Textualmente dice <<el art. 257. 1. 2º constituye una nueva modalidad de alzamiento de bienes consistente en la realización de cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, siempre que a consecuencia de este acto patrimonial u obligacional, el deudor se muestre insolvente ante la obligación>>.

⁸⁵⁷ Vid. **RODRÍGUEZ MOURULLO, G.**, “Acerca de las insolvencias punibles”, cit., p. 1167.

⁸⁵⁸ En la jurisprudencia puede verse la STS de 23 de febrero de 2001.

los procedimientos concursales implica a su vez la irrelevancia del favorecimiento en los procesos extraconcursoales⁸⁵⁹.

Sin entrar en más valoraciones sobre las opiniones divergentes en la doctrina y la jurisprudencia, en este trabajo se concluye que en líneas generales el favorecimiento de acreedores es una conducta atípica. Dicha conducta sólo será delictiva en aquellos supuestos en los que exista una prioridad o un orden establecido y el deudor sea ya insolvente. En este concreto supuesto, el deudor traspasa la esfera del riesgo permitido, provocando en la mayoría de los casos un perjuicio para el acreedor que pretendía el cobro a través del procedimiento ejecutivo. Como afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, lo que se protege en este tipo penal es el derecho de crédito de los acreedores más esforzados y diligentes y la propia maquinaria pública de compulsión al pago⁸⁶⁰.

Finalmente y respecto del **pago anticipado de deudas no vencidas**, la doctrina no se muestra unánime, dividiéndose las opiniones entre los partidarios de la atipicidad y los que consideran que la conducta es punible.

Entre quienes consideran la atipicidad se encuentran VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC⁸⁶¹. Frente a ellos, PAREDES CASTAÑÓN sostiene la tesis diametralmente contraria. Según este último, el deudor está obligado a pagar primero las deudas vencidas, de forma tal que el pago anticipado entraña un peligro para el resto de acreedores, peligro que éstos no tienen por qué soportar. El pago anticipado de las deudas implica un riesgo no permitido y los intereses de los acreedores resultan ser sustancialmente superiores a aquellos otros basados en la libertad de actuación del deudor o el desarrollo de la actividad económica⁸⁶². A su entender, aunque el pago anticipado de ciertas obligaciones pueda resultar económicamente racional con vistas al futuro, se trata de una conducta innecesariamente peligrosa y, por ello, no permitida. En este sentido, una decisión peligrosa o lesiva para el bien jurídico penalmente protegido y, a la vez, basada en informaciones inciertas, no es una conducta que el ordenamiento jurídico ampare. Por todo ello, el deudor debe satisfacer

⁸⁵⁹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Acerca de las insolvencias punibles", cit., p. 1164.

⁸⁶⁰ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Acerca de las insolvencias punibles", cit., p. 1167.

⁸⁶¹ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 54 o RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Coord), *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 653.

⁸⁶² Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J-M., "Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes", cit., p. 1658.

primeramente las deudas exigibles o, al menos, las deudas cuya exigibilidad es inminente⁸⁶³.

En conclusión, puede decirse que al igual que sucedía en el caso anterior lo relevante es la situación económica del deudor. La libertad de disposición es admisible cuando no existe desequilibrio patrimonial alguno. Si la actividad económica del deudor es regular y previsiblemente seguirá desarrollándose con normalidad, nada impide que el deudor satisfaga las deudas que crea conveniente. De contar el deudor con patrimonio suficiente para cubrir el total de sus obligaciones la libertad de disposición no tiene por qué verse coartada. El deudor simplemente altera la prelación civil de los créditos pero como el patrimonio del deudor es bastante para satisfacer a todos, la alteración del orden no pone en peligro ni lesiona el derecho de los demás.

Contrariamente, cuando el deudor está atravesando una fase económica difícil y su patrimonio se revela incapaz o potencialmente incapaz de satisfacer la totalidad del pasivo ciertas maniobras dispositivas sí podrían resultar lesivas para el derecho de crédito de los restantes acreedores. En esta situación de crisis económica es en la que el deudor debería en principio respetar el orden temporal de pago y el principio <<*prior in tempore, potior in iure*>>. Tanto es así que en otras legislaciones como la portuguesa, dicha conducta se ha tipificado expresamente en el Código Penal. Según el art. 229 del CCP, una de las modalidades contempladas como <<favorecimiento de acreedores>> es aquella conducta consiste en saldar deudas aún no vencidas cuando el deudor conoce su situación de insolvencia y actúa con la intención de favorecer a ciertos acreedores en perjuicio de otros. Como el propio texto indica y la doctrina suscribe, el pago anticipado sólo es punible si el deudor se encuentra en una situación deficitaria efectiva⁸⁶⁴, esto es, en una situación de insolvencia.

⁸⁶³ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J.-M., “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes”, cit., p. 1659.

⁸⁶⁴ Cfr. CAEIRO, P., “Crimes contra o patrimonio”, cit., pp. 449 y 452. Como dice el autor, el pago anticipado de deudas no vencidas ha constituido durante muchos años el paradigma de la conducta de favorecimiento de acreedores. Es cierto que el tipo penal recoge otras dos modalidades -ofrecer garantías al crédito sin existir obligación legal y pagar deudas de forma diferente al pago en dinero o efectuando un pago de importe superior al debido-, no obstante, el eje central del delito ha sido desde siempre el pago anticipado de deudas no vencidas. Volviendo a esta modalidad principal, el tipo penal recoge también la posibilidad de que la conducta sea sancionada cuando la insolvencia es inminente. No obstante la doctrina se muestra crítica con esta posibilidad y plantea serias reservas a este respecto. La posibilidad de aplicar el delito ante la inminencia parece viable sólo cuando durante esa situación el deudor realice lo que se conoce como <<prestaciones incongruentes>>, es decir, pague más de lo debido y provoque así la actualización de la insolvencia.

De no existir esa situación deficitaria no se causaría ni siquiera un peligro para los acreedores, pues, pagar deudas no vencidas implica la disminución del activo y del pasivo en la misma proporción.

Con todo, y aunque la tesis de PAREDES goza de una base lógica, aceptable y apoyada por estudios de Derecho comparado, de la lectura de los tipos penales de alzamiento de bienes ha de concluirse que el pago anticipado de deudas no vencidas no es apto por sí sólo para cometer delito alguno. Sólo lo será cuando, como se ha dicho, exista un constreñimiento jurídico y se altere el orden de pago que éste impone.

VII. El sujeto activo del delito.

En primer lugar ha de señalarse que sujeto activo del delito de alzamiento de bienes sólo puede ser aquella persona en la que concurra la condición de sujeto obligado al pago de una deuda. Al igual que sucede en otros países como Portugal, Alemania, Francia o Italia, solamente los deudores pueden cometer los delitos de insolvencia punible. A su vez, tal y como está redactado el texto del Código Penal, la naturaleza de la deuda deviene indiferente en el sentido de que la posición del deudor como sujeto activo del delito es idéntica tanto si es un deudor privado como si es, por ejemplo, un deudor tributario.

Ha de apuntarse, además, que por deudor no ha de entenderse sólo y exclusivamente el sujeto directamente obligado al cumplimiento de la prestación, sino también a los obligados subsidiariamente. Así, podrán ser sujetos activos los avalistas o los fiadores⁸⁶⁵. La obligación de pago de estos últimos es subsidiaria y complementaria, de forma que sólo si el deudor

⁸⁶⁵ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, en *Comentarios al Código Penal*, Tomo VIII, COBO DEL ROSAL, M., (Dir), Edersa, Madrid 1999, p. 571, **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 326, **YÁÑEZ VELASCO, R.**, *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., p. 171, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 55, **CABALLERO BRUN, F.**, *Una nueva dogmática para las insolvencias punibles*, cit., p. 226, **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 80 o **MAGRO SERVET, V.**, “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, cit., p. 228. En la jurisprudencia puede verse la STS de 19 de mayo de 2000 por la que se sanciona penalmente a los avalistas y la STS de 30 de abril de 2003 por la que se condena a un fiador.

principal no paga ha de hacerse cargo el tercero que se comprometió a suplirle⁸⁶⁶.

Partiendo de estas premisas puede afirmarse, tal y como se sostiene por la doctrina y jurisprudencia dominantes, que el delito de alzamiento de bienes pertenece a la categoría de los delitos especiales⁸⁶⁷. Para cometer este delito se requiere una especial condición o cualificación en el autor. A su vez, el art. 257. 1.1º recoge un delito especial propio⁸⁶⁸, es decir, no existe en el Código Penal ninguna figura paralela de delito común⁸⁶⁹. En los delitos especiales propios el sujeto activo tiene una relación con el bien jurídico que es constitutiva del desvalor del acto. Si la relación del sujeto activo con el bien jurídico no se da, no hay injusto⁸⁷⁰.

Al mismo tiempo, dentro de la categoría de los delitos especiales es posible diferenciar entre los delitos de infracción de un deber y los delitos de dominio. Los delitos de infracción de un deber se caracterizan por el dato de que la fundamentación del injusto queda restringida a la vulneración de deberes jurídicos de carácter institucional - v.gr. los arts. 279 y 294 del CP-⁸⁷¹. De ahí, que el criterio de imputación sea la infracción de ese deber específico

⁸⁶⁶ Vid. **TRUJILLO CALZADO, M-I.**, en *Derecho patrimonial civil*, MORENO QUESADA, B./ BUSTOS VALDIVIA, C./ TRUJILLO CALZADO, M-I., Comares, Granada 2006., p. 312.

⁸⁶⁷ Vid. por todos **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 93. En contra de esta opinión se muestra **QUERALT JIMÉNEZ, J-J.**, *Derecho penal español. Parte especial*, (2008), cit., p. 701. Según el citado autor el hecho de que no se distinga ya entre deudor comerciante y no comerciante impide que se siga manteniendo su caracterización como delito especial. Ha de recordarse, sin embargo, que la razón por la que se considera que es un delito de estas características no reside en la condición de ser o no comerciante, sino en la existencia de una deuda previa a la comisión del delito y de un deudor -comerciante o no-

⁸⁶⁸ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 59, **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 35, **CERES MONTES, J-F.**, “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 282, **CABALLERO BRUN, F.**, “Algunos problemas de autoría y participación en las denominadas insolvencias punibles”, en *Revista Penal*, nº 21, Enero 2008, p. 54, **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 75 o **TIZÓN LÓPEZ, A., (Dir)**, *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 641. En la jurisprudencia puede verse la SAP de Madrid de 22 de enero de 2004.

⁸⁶⁹ Vid. **LUZÓN PEÑA, D-M.**, *Curso de Derecho Penal*, cit, p. 304.

⁸⁷⁰ Cfr. **BUSTOS RAMÍREZ, J-J./ HORMAZÁBAL MALARÉE, H.**, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 191.

⁸⁷¹ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 310 o **FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.**, *El Administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, Tirant lo blanch, Valencia 2007, pp. 158 y 159.

y que estos delitos sólo puedan ser cometidos por personas que poseen el estatus especial exigido por la norma.

Por la contra, los delitos de dominio se configuran generalmente como delitos comunes, en los cuales los destinatarios de la norma son todos los ciudadanos⁸⁷². Ello no impide, sin embargo, que algunos delitos de dominio se construyan como delitos especiales, en virtud de lo cual el círculo de posibles autores se restringe a determinadas personas que se hayan en una situación de mayor proximidad en relación con el bien jurídico protegido. En estos delitos y en todos los delitos de dominio, el criterio de imputación es el incremento del riesgo permitido.

Como puede observarse, en el texto principal se parte de la existencia de dos clases de delitos dentro de la categoría de los tipos penales especiales. Y, aunque lo cierto es que ésta es la clasificación mayoritariamente aceptada por la doctrina, es posible encontrar variaciones. Así por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ hace referencia a una tercera clase de delitos especiales, a los cuales denomina <<delitos especiales propios de naturaleza mixta>>. Dichos tipos penales se construyen sobre la base de la infracción de un deber extrapenal, pero presentan un contenido de ilicitud que no se agota en ese dato, sino que el tipo exige un requisito ulterior -imputable al autor según el criterio de dominio-, que comporta la lesión o el peligro para el bien jurídico, cuya preservación compete en principio y genéricamente a todos los ciudadanos. Dentro de esta tercera categoría se incluirían el delito de defraudación tributaria del art. 305, el delito de defraudación de la seguridad social del art. 307 y el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo del art. 316 del CP⁸⁷³.

Por lo que se refiere a los delitos de alzamiento de bienes, éstos han de clasificarse, al igual que los restantes delitos de insolvencia, como delitos de dominio⁸⁷⁴. No existe, por tanto, un deber específico que respetar, sino que la

⁸⁷² Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 310. Asimismo puede verse GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterio de imputación*, Bosch, Barcelona 1999, pp. 39 y 41 o ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona 2007, pp. 31 en adelante y 121.

⁸⁷³ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., pp. 311 y 312.

⁸⁷⁴ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 59 y, del mismo autor, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 310. De la misma opinión puede verse GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterio de imputación*, cit., pp. 185 y 188, quien sin embargo excluye al art. 261 del CP y lo clasifica como un delito de infracción de deber. Véase al respecto las pp. 206 y ss de la obra citada. Además, ha de advertirse de que este autor parte de la idea de que los delitos de dominio y los delitos de infracción de un deber se diferencian por el distinto rol que desempeñan los posibles sujetos activos. Según el citado autor, <<todo sujeto, en cuanto miembro de la comunidad jurídica,

norma penal se dirige a todos los ciudadanos que se hallan en la posición de deudor. El criterio de imputación objetiva del injusto será, entonces, el incremento de un riesgo no permitido para el patrimonio de los acreedores⁸⁷⁵. Las actuaciones de los deudores sobre su patrimonio no pueden poner en peligro o lesionar el bien jurídico <<derecho de crédito>>, ya que si lo hacen traspasan el límite de riesgo permitido por la norma.

Ha de advertirse además de que en los delitos especiales de dominio el círculo de destinatarios de la norma puede verse ampliado a sujetos que fácticamente ocupan una posición de poder afectar al bien jurídico, es decir, sujetos que poseen el <<dominio social típico>>. Según GRACIA MARTÍN, en algunos delitos especiales el legislador ha querido acotar el sujeto activo a un círculo de sujetos que poseen un <<dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico>>, constituyéndose entonces un <<delito de dominio social>>. Dicho <<dominio social>> se caracteriza por tratarse de un dominio sobre la estructura social en la que se encuentra el bien jurídico protegido. Sostiene el citado autor que <<el dominio social es el elemento general del tipo objetivo de lo injusto de un grupo de delitos especiales y constituye, por ello, el término de la comparación del juicio de equivalencia de las actuaciones en lugar de otro>>. Y sigue diciendo, <<el sujeto que actúa en lugar de otro se caracteriza porque ha accedido al ejercicio del dominio social típico del delito especial (...). Materialmente pues, realiza su acción en las mismas circunstancias objetivas tenidas en cuenta para tipificar la conducta del sujeto idóneo, razón por la que puede ser asimilado valorativamente a éste>>⁸⁷⁶. Así, la integración legal del representante en el círculo de autores idóneos de un delito especial sólo puede estar justificada a partir de la demostración de que el significado de su conducta es idéntico, desde el punto de vista del contenido del tipo, al de la conducta del sujeto expresamente descrito por la ley mediante

recibe un mandato general que le impone la obligación mínima de no lesionar mediante el desarrollo personal a los demás. La organización de la propia esfera (...) ha de realizarse evitando la exteriorización de riesgos no permitidos. La norma penal en los delitos de dominio utiliza una forma de estructuración basada en la libertad como criterio de legitimación y en el dominio del riesgo como factor de imputación>>. Sobre los delitos de infracción de un deber opina el autor que éstos <<se estructuran sobre la base de roles especiales y tienen como factor de imputación la infracción de un deber específico. La persona que asume un determinado rol -v.gr. matrimonio o paternidad- adquiere no sólo la obligación de *no hacer daño*, sino, sobre todo, un velar en determinadas circunstancias por la integridad de un bien determinado>>. Véase de la obra de la citada las pp. 37 y 38, así como la pp. 41 a 43.

⁸⁷⁵ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 59.

⁸⁷⁶ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de un apersona jurídica por delitos especiales*, Bosch, Barcelona 1986, p. 27.

una categoría formal⁸⁷⁷. Ello implica, a la vez, que si lo que fundamenta el injusto típico del delito especial es el ejercicio del dominio social, será irrelevante la vía o el motivo a través de los cuales se accede a él, de tal suerte que carecerá de trascendencia la relación formal de representación para la atribución de responsabilidad penal al que actúa en lugar de otro⁸⁷⁸. Por todo ello, y como ya se dijo, es viable que personas que en principio no reúnen la condición necesaria para ser considerados autores del delito pasen a incluirse como posibles autores. Para ello no será necesario requisito formal alguno, sino que basta acreditar el <<dominio social típico>>. Lo relevante será pues que el sujeto no cualificado se sitúe en posición de poder afectar al objeto penalmente protegido y, así, podrá ser asimilado valorativamente al sujeto cualificado⁸⁷⁹.

Lo contrario sucede en el caso de los delitos de infracción de un deber, pues entonces sí será preciso el nombramiento formal de un representante. Sólo a través de dicho nombramiento se transfiere el deber específico propio del estatus requerido por la norma⁸⁸⁰. En estos delitos rigen los criterios de la teoría de la representación o de la transmisión, por lo que no han de tenerse en cuenta los aspectos fácticos como criterio de imputación de responsabilidad por incumplimiento de un deber⁸⁸¹.

Así pues, y partiendo de la base de que el delito de alzamiento de bienes es un delito de dominio, la esfera de posibles destinatarios de la norma podrá verse ampliado a personas no deudoras. No obstante, las consecuencias derivadas de estas afirmaciones se pondrán de manifiesto en el epígrafe dedicado a la autoría, en el cual se retomará la cuestión⁸⁸².

⁸⁷⁷ Vid. **GRACIA MARTÍN, L.**, “Instrumentos de imputación jurídico-formal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, en *Actualidad Penal*, nº 16, 1993. a, p. 228.

⁸⁷⁸ Vid. **GRACIA MARTÍN, L.**, “Instrumentos de imputación jurídico-formal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, cit., p. 232.

⁸⁷⁹ Vid. **NÚÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo blanch, Valencia 2000, p. 125.

⁸⁸⁰ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., pp. 313 y 530 o **NÚÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., pp. 118 y 119.

⁸⁸¹ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 530, **GARCÍA CAVERO, P.**, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterio de imputación*, cit., p. 173 o **NÚÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., p. 120.

⁸⁸² Vid. *infra*. el epígrafe XII de este Capítulo.

Más allá de estas consideraciones y respecto de la cualidad de deudor pueden y deben hacerse determinadas observaciones. Cuando se habla de la deuda y los sujetos obligados al pago y beneficiados por el crédito, se suele pensar en una deuda común y, generalmente, de Derecho privado - v. gr. un arrendamiento de vivienda-. En estos casos prototípicos está claramente delimitada la figura del deudor, la del acreedor y se conoce bien qué mecanismos de protección existen para el cobro de la obligación contraída. Cuando el deudor no paga voluntariamente el ordenamiento jurídico habilita al acreedor para intentar el cobro de su deuda. Si el impago de la deuda se produce por insolvencia del deudor se despliega una serie de mecanismos destinados a paliar dicha situación, incluso mediante la utilización de las normas penales. Es evidente, por tanto, que el deudor común y particular puede ser sujeto activo del delito de alzamiento de bienes. El particular que debe el precio de la venta de un inmueble y se insolventa dolosamente se convierte en sujeto idóneo para ser sancionado por delito de alzamiento de bienes.

Por el contrario, en otros muchos supuestos la delimitación no es tan diáfana y pueden suscitarse problemáticas específicas. Así sucede por ejemplo cuando el deudor es un ente público. En este sentido, y como se apuntó con anterioridad, el Estado y sus instituciones pueden actuar tanto como un sujeto de Derecho público como privado - v.gr. arrienda un inmueble-⁸⁸³. Si es el Estado el obligado al cumplimiento de una obligación debida, esa deuda puede presentar naturaleza tanto pública -v.gr. el Estado emite Deuda pública o concede una beca- como privada- v.gr. arrienda un inmueble-. El Estado reúne en ambos casos la condición de deudor.

Ahora bien, el hecho de que un ente público pueda adquirir la posición de deudor en una relación jurídica obligatoria no debe conducir a la equívoca conclusión de que entonces el Estado, por ser deudor, puede también ser sujeto activo del delito de alzamiento. En el caso de que algún ente público tenga pendiente el pago de deudas públicas o privadas, el acreedor podrá recurrir a las vías anteriormente apuntadas pero nunca pretender la protección del crédito a través del tipo penal de alzamiento de bienes. Es cierto que los presupuestos del Estado pueden ser deficitarios⁸⁸⁴, pero no puede afirmarse

⁸⁸³ Vid. *supra*. el epígrafe IV. 1- b) de este Capítulo Cuarto.

⁸⁸⁴ Vid. **GARCÉS SANAGUSTÍN, M.**, “En torno al concepto de estabilidad presupuestaria en España”, en *La estabilidad presupuestaria en el Derecho Español*, GARCÉS SANAGUSTÍN, M., (Dir), Estudios Jurídicos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2004, p. 36. Como explica el autor, la Unión Europea ha impuesto a los Estados la prohibición del déficit excesivo, pero lo permite

que el Estado o alguno de sus órganos se encuentran en una situación económica de insolvencia. Así por ejemplo, un Ayuntamiento puede estar pasando por un momento de desbalance económico en el que los gastos superan a los ingresos. Su situación será entonces deficitaria, pero no puede decirse que se encuentre sumido en una situación de insolvencia. En numerosas ocasiones un ente local puede encontrarse endeudado, es decir, gasta más de lo que ingresa. Sin embargo, las deudas contraídas están garantizadas tanto por futuros ingresos provenientes, por ejemplo, de los impuestos u concesiones públicas, así como por la propia Hacienda estatal⁸⁸⁵.

Esta imposibilidad de los entes públicos de ser declarados insolventes, impide la aplicación del delito de alzamiento de bienes. Por tanto, la conducta de quien siendo el representante de un ente público oculte o distraiga los bienes de su propiedad, no puede ser calificada como delito de alzamiento de bienes. Ello no obsta, sin embargo, a que puedan apreciarse otras figuras delictivas como la malversación de caudales públicos, cohecho, negociaciones prohibidas a los funcionarios, etc.

VIII. El tipo subjetivo.

Al hilo de las afirmaciones expuestas en el epígrafe anterior se continúa con el análisis de la parte subjetiva del alzamiento de bienes, es decir, del conjunto de circunstancias subjetivas que determinan la relevancia típica de determinados sucesos y elementos objetivos⁸⁸⁶. Concretamente, y por las diferentes conclusiones a las que se puede llegar, es ineludible detenerse en varios aspectos. Por un lado, es imprescindible determinar la necesidad o no de la concurrencia de algún elemento subjetivo del tipo en este delito. Por el otro, ha de analizarse la posibilidad de cometer el delito con dolo eventual, así como la viabilidad de aplicar el error de tipo. Como suele ocurrir, no puede decirse que la opinión de la doctrina sea unánime en estas cuestiones, sino más bien todo lo contrario.

cuando éste está controlado y no puede ser calificado como un déficit abusivo. Para evitar el endeudamiento excesivo se promulgan las leyes de estabilidad presupuestaria.

⁸⁸⁵ Vid. **DÍAZ CORRAL, M./ GARCÉS SANAGUSTÍN, M.**, “Fundamentos jurídico-constitucionales de las leyes de estabilidad presupuestaria. Principios y ámbito de aplicación”, en *La estabilidad presupuestaria en el Derecho Español*, GARCÉS SANAGUSTÍN, M., (Dir), Estudios Jurídicos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2004, p. 57.

⁸⁸⁶ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 135.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas, en el epígrafe anterior se ha desarrollado ampliamente cuáles son las dos principales teorías que se sostienen en la doctrina penal. Por este motivo, no procede ahora repetir nuevamente todas las consideraciones ya efectuadas y éstas se dan por reproducidas. Corresponde, sin embargo, ocuparse de algunos aspectos nuevos que todavía no han sido tratados respecto de la parte subjetiva del tipo y que son esenciales para el estudio completo del delito.

En este sentido, quienes en la doctrina y la jurisprudencia defienden la naturaleza subjetiva del término <<en perjuicio>> suelen, además, configurar al delito de alzamiento de bienes como de intención o tendencial, de consumación anticipada y de resultado cortado⁸⁸⁷.

Los delitos de <<intención>> o de <<tendencia interna trascendente>> requieren que el autor obre con el ánimo, finalidad o intención adicional de lograr un ulterior resultado o una ulterior actividad, distintos de la realización del tipo⁸⁸⁸. A juicio de VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC o MUÑOZ CONDE, estas características se reproducen en el delito de alzamiento de bienes, identificándose en la conducta del deudor la prosecución de un fin posterior, es decir, la causación del perjuicio al titular del crédito⁸⁸⁹. Y más concretamente, dentro de esta

⁸⁸⁷ De esta opinión puede verse **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 138, **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 68, **QUINTERO OLIVARES, G.**, *El alzamiento de bienes*, cit., p. 111, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., pp. 42 y 43, **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A.**, (*Dir*), *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 626, **CUESTA MERINO, J-L.**, “La instrucción en los delitos de insolvencia punible”, en *La instrucción en los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, Consejo General del Poder judicial, Madrid 2005, p. 557, **ROBLEDO VILLAR, A.**, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 246 o **MAGRO SERVET, V.**, “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, cit., p. 208. En la jurisprudencia son muchos los ejemplos de sentencias que recogen esta visión. Puede véase entre ellas la STS de 27 de noviembre de 2001, la STS de 8 de noviembre de 2001, la STS de 15 de junio de 2001 o la STS de marzo de 2001.

⁸⁸⁸ Cfr. **LUZÓN PEÑA, D-M.**, *Curso de Derecho Penal*, Universitas, Madrid 1996, p. 396 o véase **JESCHECK, H-H./ WEIGEND, T.**, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada 2002, p. 342.

⁸⁸⁹ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 68, **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 141, **GONZÁLEZ PASTOR, C-P.**, “La insolvencia punible, modalidades previstas en el Código Penal de 1995, en la reforma del mismo y la incidencia en esta materia de la nueva Ley Concursal”, cit., p. 13, **ARICHE AXPE, P-J.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 12, **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 308 o **CERES MONTES, J-F.**, “La insolvencia punible”, cit., p. 1183. Por su parte, **LUZÓN PEÑA, D-M.**, *Curso de Derecho Penal*, cit., pp. 316 y 317, en su exposición general sobre las clases de delitos comparte esta idea y pone como ejemplo de delitos de intención al delito de alzamiento de bienes.

categoría de los delitos de intención, el alzamiento de bienes ha de incluirse en la categoría de los delitos de consumación anticipada y resultado cortado.

Los delitos de consumación anticipada se caracterizan por perfeccionarse antes de la consecución de los fines típicamente relevantes, esto es, la realización del último acto o la producción del resultado final. En este sentido, los delitos de consumación anticipada describen comúnmente o bien actuaciones con dolo directo que en principio conformarían una tentativa de delito pero han sido elevadas por el legislador a un delito autónomo, o bien actos ya completos pero acompañados de un elemento subjetivo del tipo adicional al dolo y consistente en el ánimo de realizar un segundo acto -delitos mutilados en dos actos- o de obtener un ulterior resultado -delitos de resultado cortado-⁸⁹⁰.

Partiendo de esta definición y si se acepta la orientación doctrinal mayoritaria, los delitos de alzamiento de bienes serían efectivamente tipos penales de resultado cortado. El delito de alzamiento se consumaría entonces con el resultado de insolvencia, aunque el autor espera alcanzar un resultado final posterior y derivado del desbalance patrimonial provocado, esto es, el perjuicio para el acreedor⁸⁹¹.

Si bien ésta es la exégesis que se ha impuesto en la doctrina y jurisprudencia, un sector minoritario parte de la inexistencia del elemento subjetivo y de la necesidad única del dolo. El dolo vendría a conformar exclusivamente la vertiente subjetiva del tipo, que debe abarcar el conocimiento de todos los términos típicos incluidos en el art. 257. 1. 1º del CP⁸⁹². Actúa con dolo el sujeto que conoce la existencia de la deuda, su condición de deudor y que con la ocultación de sus bienes y la provocación de su insolvencia ocasiona un perjuicio patrimonial a los acreedores⁸⁹³. Si concurren todos estos hechos, no cabe duda de que el sujeto conoce el alcance de sus actos y que ha aceptado el compromiso de actuar de tal

⁸⁹⁰ Vid. **LUZÓN PEÑA, D-M.**, *Curso de Derecho Penal*, cit, p. 309. Nuevamente el ejemplo que el citado autor utiliza para explicar los delitos de resultado cortado es el de los delitos de alzamiento de bienes.

⁸⁹¹ Vid. **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 39.

⁸⁹² Cfr. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 59.

⁸⁹³ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 59. Asimismo, **GÓMEZ PAVÓN, P.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, cit., p. 51.

forma⁸⁹⁴. Así pues, basta con la voluntad consciente de hacer desaparecer los bienes con los que se podrían satisfacer los créditos burlados⁸⁹⁵.

Se opte por una u otra tesis, lo cierto es que en ambas está presente el dolo. Sobre este aspecto no hay duda alguna, no obstante no son unánimes las interpretaciones de los autores sobre si se acepta únicamente la comisión del delito por dolo directo o si es viable la realización de la conducta mediante el **dolo eventual**.

Sobre este aspecto, autores como MUÑOZ CONDE entienden que se trata de una conducta delictiva que sólo admite la comisión por dolo directo y excluye el dolo eventual⁸⁹⁶. Esta exclusión del dolo eventual resulta coherente desde el punto de vista de que el autor acepta la definición del delito como un tipo de intención, de consumación anticipada y resultado cortado. En este sentido, y como sostiene la doctrina mayoritaria, el dolo directo es consustancial a los delitos de consumación anticipada⁸⁹⁷. Esta afirmación se sostiene sobre la base de que en estos delitos, tal y como se expuso en páginas precedentes, es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo. Así pues, la existencia de una meta a alcanzar y de unos fines que conseguir exigiría una especial forma del dolo, esto es, el dolo directo.

⁸⁹⁴ Se sigue así la concepción normativa de dolo sostenida por VIVES ANTÓN y seguida, entre otros, por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. Según este último, <<para comprobar la existencia del dolo han de manejarse dos parámetros: en primer lugar, fijar las reglas, sociales y jurídicas, que definen la acción como una acción típica, y, a continuación, poner en relación tales reglas con el bagaje de conocimientos o la competencia del autor, (...), de tal modo que, desde el punto de vista externo, sea posible afirmar que es lo que el autor quería. Lo que el autor sabe no será, pues, lo que él se ha representado, lo que ha calculado, o lo que ha previsto, puesto que para conocer si esos procesos han ocurrido en su mente, habríamos de tener un acceso a ella que no disponemos. Lo único que podemos analizar son las manifestaciones externas del autor, y, eso sí, a través de ellas podremos averiguar el bagaje de conocimientos del autor (...) y entender, así, al menos parcialmente, sus intenciones expresadas en la acción>>. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 348.

⁸⁹⁵ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 143.

⁸⁹⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 142 y 146. En el mismo sentido se manifiesta RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Acerca de las insolvencias punibles”, cit., p. 1161, en la nota al pie 12, GÓMEZ MARTÍN, F., “Insolvencias punibles y Ley Concursal”, en *Estudios de Deusto*, Segunda Época, Vol. 53/1, Bilbao 2005, p. 52 o, del mismo autor, *Ley Concursal e insolvencias punibles*, cit., p. 66, CUELLO CONTRERAS, J., “Insolvencias punibles”, cit., p. 41, TIZÓN LÓPEZ, A., (Dir), *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 635, YAÑEZ VELASCO, R., *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., p. 167. Este último entiende que admitir el dolo eventual implica una excesiva intervención penal en el tráfico jurídico privado.

⁸⁹⁷ Vid. por todos LUZÓN PEÑA, D-M., *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 309.

En el caso concreto del delito de alzamiento de bienes, el dolo consistiría en la voluntad del deudor de provocar un estado de insolvencia con el conocimiento de las demás circunstancias del tipo objetivo, esto es, con el conocimiento de que está obligado a cumplir con las deudas contraídas y que los bienes que oculta o destruye están adscritos a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas⁸⁹⁸. No bastaría, por tanto, con que el deudor realice negocios jurídicos de riesgo, que pueden desembocar en su ruina y en un perjuicio para sus acreedores, sino que las acciones efectuadas deben estar directamente dirigidas a frustrar el derecho de éstos. El deudor ha de querer perjudicar a sus acreedores, no bastando con que se presente como probable esa posibilidad⁸⁹⁹.

Frente a esta tesis, un importante número de autores sostiene la plena compatibilidad entre la existencia de un elemento subjetivo del tipo y el dolo eventual⁹⁰⁰. Para QUINTERO la compatibilidad es posible porque el dolo ha de abarcar los elementos objetivos del tipo y no a los elementos subjetivos del injusto⁹⁰¹. A su juicio, cometería alzamiento de bienes con dolo eventual el deudor, que a punto de vencer sus deudas, cree que su acreedor ha fallecido; pero, ante la posibilidad de que viva -porque el fallecimiento no ha sido confirmado-, decide ocultar sus bienes para evitar el pago, constatándose posteriormente que el acreedor vive. Lo mismo sucedería si el deudor tiene un solo bien cuyo valor ignora y con la intención de perjudicar a su acreedor lo oculta sin saber realmente si tal bien bastaría o no para satisfacer el derecho de crédito del acreedor. El deudor quiere la realización del tipo sin contar más que con un probable concepto sobre el significado de sus elementos.

Más allá de estas consideraciones y a diferencia de todos ellos, si como en este trabajo se hace se parte de la idea de que en el tipo de alzamiento de bienes no requiere la concurrencia de elemento subjetivo alguno, nada se

⁸⁹⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 143.

⁸⁹⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 146.

⁹⁰⁰ Recientemente VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 81. Admite también el dolo eventual BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J., en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 520 o CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M., (Dirs), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 875.

⁹⁰¹ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *El alzamiento de bienes*, cit., pp. 110 y 119. Así sucede también en países como Portugal, en el que el art. 227º del CCP -delito este acaballado entre el alzamiento de bienes y el art. 260 del CP- admite la comisión por dolo eventual, y ello a pesar de que se necesite la concurrencia del específico ánimo de <<prejudicar os acreedores>>. Vid. al respecto CAEIRO, P., "Crimes contra o património", cit., p. 422.

opone a la aceptación del delito con dolo eventual⁹⁰². No es preciso entonces buscar justificación alguna para sostener la compatibilidad, bastando la propia estructura del tipo para admitir un dolo de tales condiciones. Por ejemplo, sería posible admitir el dolo eventual en casos en los que el deudor presta dinero a un tercero, a sabiendas de que es probable que no recupere ese dinero antes de que la deuda que ha contraído venza. El deudor no pretende deliberadamente perjudicar al acreedor, pero es consciente de que con su conducta es bastante probable que se produzca el impago y el consiguiente perjuicio.

Finalmente y para terminar el presente epígrafe es necesario detenerse en la posible apreciación del **error de tipo** en los delitos de alzamiento de bienes y la posible exclusión de la responsabilidad criminal para el deudor. Como señalan VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, la aplicación de las reglas del error en el ámbito del alzamiento de bienes no presenta mayor complejidad que la propia de la materia⁹⁰³.

Así pues y según el dictado del art. 14. 1º del CP, el error de tipo es aquel que recae sobre un hecho constitutivo de la infracción penal. Ha de advertirse que, a pesar de que el legislador haga referencia a un <<hecho>> constitutivo de una infracción penal, el error de tipo puede afectar a cualquier elemento del tipo objetivo, tanto si se trata de un elemento descriptivo como normativo. El término <<hecho>> comprende toda circunstancia o dato descrito en el tipo, sea de índole puramente fáctica o de naturaleza social o jurídica⁹⁰⁴. No se limita, por tanto, su aplicación sobre los elementos descriptivos o fácticos del delito, sino que opera también cuando el error recae sobre los elementos normativos del tipo y sobre la normativa extrapenal en las leyes penales en blanco⁹⁰⁵. Una vez comprobada la existencia del error de tipo, la conducta puede calificarse, según el caso, como impune o imprudente. Cuando el error recae sobre alguno de los elementos del tipo y es invencible se excluye el dolo y consecuentemente la responsabilidad criminal. Si fuese vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. Por esto

⁹⁰² Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 60.

⁹⁰³ Cfr. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 82.

⁹⁰⁴ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 412.

⁹⁰⁵ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., pp. 404 y 419 o ZUGALDÍA ESPINAR, J-M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 511.

último y, teniendo presente que el delito de alzamiento de bienes no admite la modalidad de comisión por imprudencia, el deudor que actúa con error de tipo no ha de responder penalmente.

Aunque de entrada la admisión del error de tipo en el delito de alzamiento de bienes es dogmáticamente posible, una revisión de la jurisprudencia sobre esta cuestión pone de manifiesto la escasa acogida que ha tenido la institución del error en la práctica. Al mismo tiempo, los pronunciamientos sobre la aplicación del error no son uniformes. Así por ejemplo, el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de marzo de 1994 contempló como error sobre el tipo el desconocimiento por parte del deudor de la diligencia judicial de embargo en el momento en que enajenó sus bienes. En este caso concreto el deudor alegaba no tener conocimiento de la afectación del bien, produciéndose entonces un error sobre un elemento normativo del tipo que, consecuentemente, excluye el dolo. El acusado no es consciente de que está disponiendo de bienes embargados y, por ello, desconoce el sentido social de su acción⁹⁰⁶. Si bien en este caso el Tribunal Supremo aceptó dicho desconocimiento como elemento excluyente del dolo, años antes se manifestó de forma contraria y condenatoria. En sentencia de 28 de noviembre de 1989 el Alto Tribunal no le otorgó relevancia al hecho de que los deudores desconociesen el contenido de un documento redactado por su prestamista en el que se especificaba que éstos no podían gravar sus bienes.

A la misma solución llegó el Tribunal en sentencia de 25 de febrero de 2003. El recurrente, condenado como cooperador necesario en un delito de alzamiento de bienes, pretendía su absolución basándose en que en la deuda fiscal objeto del alzamiento había prescrito. Alega el recurrente que al no existir deuda fiscal por efectos de la prescripción, tampoco existiría delito por considerar que concurriría un error de tipo. A este respecto responde el Tribunal diciendo que la prescripción extintiva no presupone la inexistencia de la relación jurídica, sino que impide su ejecución efectiva. En este sentido, la prescripción puede alegarse para evitar la ejecución de la obligación debida pero no para negar la existencia de la deuda. A juicio del Tribunal, el recurrente conocía la existencia de la deuda y del embargo, lo que es suficiente por catalogar su conducta como cooperador en el delito de alzamiento de bienes.

⁹⁰⁶ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.-M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 513. El citado autor no se refiere específicamente al delito de alzamiento de bienes, sino al delito de quebrantamiento de depósito. En el ejemplo que se utiliza por ZUGALDÍA ESPINAR, el depositario dispone de los bienes depositados embargados, desconociendo este último dato. Se trata por tanto del mismo tipo de error, es decir, sobre la circunstancia de que los bienes están afectos a embargo.

En la jurisprudencia de los tribunales menores es posible también encontrar casos en los que se desestima la aplicación del error. Baste citar, como ejemplo, la SAP de Cáceres de 6 de marzo de 2002. En el caso concreto la recurrente había constituido sociedad con una segunda persona con el compromiso de abonarle mensualmente una cantidad de dinero. Como garantía del crédito se constituyó un derecho de traspaso a favor de la acreedora. Para evitar el traspaso por incumplimiento de los pagos acordados, la recurrente cesó en el arrendamiento del local, el cual fue arrendado a su vez a la cuñada de la recurrente. Ésta alegó que, si bien conocía la existencia de la garantía no fue en ningún momento consciente de las consecuencias derivadas de su cesamiento en el arrendamiento, ni del alcance de tal derecho de traspaso como garantía. Según testimonio de la recurrente, en su actuación no es posible hablar de dolo y, por ello, debería apreciarse un error de tipo. La Audiencia entendió, contrariamente, que debido a la experiencia que la acusada tenía en procesos civiles anteriores por una situación similar, no puede la apelante alegar que desconoce el alcance de la garantía existente sobre el derecho de traspaso.

La Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 22 de abril de 1996 tampoco apreció el error de tipo alegado por los recurrentes y basado en el desconocimiento que éstos alegaron sobre la existencia de la deuda. A este respecto entendió el Tribunal que los hechos probados demostraban que los acusados habían sustraído bienes personales a la acción de una sociedad acreedora mediante la apariencia de negocios jurídicos de disposición en favor de parientes, con la clara intención de perjudicar a los acreedores. Dichos negocios jurídicos fueron calificados por la Audiencia como operaciones de ingeniería jurídica que no está al alcance de los conocimientos jurídicos de los acusados. Por ello, y partiendo de que los acusados precisaron del asesoramiento de terceros, no puede decirse que su actuación no fuese intencionada, ni que dicha intención no estuviese predeterminada a defraudar las expectativas de los acreedores. En este sentido, no puede aceptarse que quien busca deliberadamente el consejo de terceros para llevar a cabo complejas operaciones claramente dirigidas a lograr la insatisfacción de los créditos, no conocía la existencia de éstos últimos.

Por su parte, la doctrina ha analizado también la posibilidad de admitir el error en el delito de alzamiento de bienes y ha señalado ciertos casos en los que sí se podría apreciarse. Así por ejemplo, MUÑOZ CONDE sostiene que

actúa bajo un error de tipo quien dispone de bienes convencido de que dichos bienes son inembargables o de que la obligación es nula⁹⁰⁷.

Lo mismo puede decirse de aquellos sujetos que simplemente creen que la deuda no existe y por tanto no se consideran a sí mismos deudores. Ello es imaginable en casos en los que la obligación está pendiente de resolución judicial y la decisión es incierta. En este marco de incertidumbre, el sujeto enajena bienes sin ser en realidad consciente de la existencia de la deuda⁹⁰⁸. Si finalmente la deuda llega a constituirse podría aplicarse el error de tipo. En este caso y en los restantes ejemplos expuestos el error de tipo excluye el dolo y, por ello, el tipo subjetivo requerido por el legislador para la consumación del delito⁹⁰⁹.

Finalmente, cabe mencionar que, en no pocas ocasiones, la jurisprudencia y la doctrina hacen referencia al error de prohibición en supuestos en los que realmente, de existir error, éste será error de tipo. Es decir, se trata de ejemplos de error de tipo, pero contemplados equivocadamente como errores de prohibición.

Así por ejemplo, para VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ ANTÓN las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1990 y 18 de mayo de 1992 son pronunciamientos sobre la posibilidad de apreciar el error de prohibición; no obstante, lo que de ellas se desprende es que en los supuestos enjuiciados si algún error concurre es de tipo. Como se verá a continuación, en ambas sentencias los acusados yerran sobre el contenido de la norma extrapenal, lo que los convierte en casos de error de tipo y no de prohibición. En la citada sentencia de 1990, el Tribunal rechazó las alegaciones dadas por los acusados consistentes en la inexistencia de norma legal alguna que prohíba a los avalistas de una deuda disponer libremente de sus bienes. De esta misma

⁹⁰⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 159 y 160 o VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 83. Sobre estos ejemplos GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 272, tiene una opinión diferente. Aunque de la lectura de su tesis parece que el autor parte del mismo ejemplo, luego resulta ser sustancialmente diferente. Así por ejemplo, en el caso del sujeto que actúa con la creencia de que los bienes de los que dispone son inembargables, el autor afirma que lo que existe es un <<error al revés>> o <<un delito imposible>>. Lo que ocurre es que el autor parte de la idea de que los bienes son efectiva y legalmente inembargables y no, como hace MUÑOZ CONDE, de que el deudor cree que son bienes inembargables cuando realmente no lo son. En el ejemplo utilizado por MUÑOZ CONDE lo que ocurre es que el deudor actúa bajo una creencia errónea por lo que se admite la aplicación del error.

⁹⁰⁸ Así lo entendió el Tribunal Supremo en la anteriormente comentada sentencia de 15 de marzo de 1994.

⁹⁰⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 145.

forma se expresó posteriormente en la sentencia de 18 de mayo de 1992, en la que el condenado defendió que en todo momento actuó creyendo que la enajenación de su patrimonio era plenamente ajustada a Derecho. Según los hechos probados, el condenado vendió el único bien que tenía y que sabía que sería embargado para hacer efectiva una sentencia penal resultante de un juicio de faltas en el que había sido condenado previamente. La defensa intentó conseguir la absolución argumentando que el acusado actuó de tal forma porque creía que era su seguro el que debía hacerse cargo de la deuda. El procesado afirmó haber entendido que existiendo un contrato de seguros, no regía a su respecto la prohibición que fundamenta el tipo penal del delito de alzamiento de bienes, es decir, la prohibición de frustrar mediante el ocultamiento o la desaparición fraudulenta de sus bienes la ejecución del crédito de los acreedores.

Por su parte, QUINTERO OLIVARES entiende que existe error de prohibición cuando el deudor realiza una donación de bienes a los hijos con el ánimo de perjudicar a sus acreedores, pero creyendo que el ordenamiento jurídico se lo permite. En tal caso, el deudor cree erróneamente que le ampara la circunstancia eximente de obrar en ejercicio de un derecho⁹¹⁰. Tal ejemplo no constituye un error de prohibición, ya que el error recae sobre las circunstancias de hecho de una causa de justificación y no sobre la existencia misma de ésta. Se trata, por tanto, de un error sobre los presupuestos objetivos o materiales de las causas de justificación, que debe ser tratado como error de tipo⁹¹¹.

Finalmente, para MUÑOZ CONDE, y en contra de lo que se afirmó *supra*. sobre la STS de 15 de marzo de 1994, hay error de prohibición en los supuestos en los que el deudor dispone de determinados bienes porque desconoce que estos están afectos al pago de una deuda⁹¹². Nuevamente, el ejemplo es constitutivo de un error de tipo, pues lo que se produce es un error sobre los elementos normativos del tipo. Por ello, la creencia errónea sobre la sujeción del bien al pago de la obligación contraída deriva en la exclusión del dolo.

⁹¹⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 129.

⁹¹¹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 467. En contra de esta opinión puede verse ZUGALDÍA ESPINAR, J.-M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 609, para quien el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación se engloba dentro del error de prohibición.

⁹¹² Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 159.

IX. Causas de justificación.

Cuando la doctrina analiza las causas de justificación aplicables al delito de alzamiento de bienes, suele detenerse tradicionalmente en dos supuestos. En primer lugar, la doctrina ha analizado la posibilidad de que el favorecimiento de acreedores se contemple como una causa de justificación. En este sentido, y tal y como se expuso en el epígrafe dedicado específicamente a esta cuestión, MUÑOZ CONDE apuntaba la posibilidad de aplicar el estado de necesidad justificante del art. 20. 5 del CP. No obstante, y como se analizó en su momento, su apreciación no parece procedente desde la perspectiva de que no puede hablarse de la existencia de una verdadera situación de necesidad. A su vez, tampoco parece adecuado entender que la conducta de favorecimiento de acreedores está amparada por el art. 20. 7 del CP que recoge como causa de justificación el legítimo ejercicio de un derecho. Y, es que, como sostiene QUINTERO OLIVARES, el derecho de disposición sobre los bienes tiene límites y el favorecimiento de acreedores es una conducta que los supera y sobrepasa⁹¹³.

En segundo lugar, y a diferencia de los supuestos de favorecimiento de acreedores, la doctrina acepta la aplicación del estado de necesidad en caso de que el deudor enajene sus bienes para procurarse los alimentos indispensables para su subsistencia o para comprar medicamentos⁹¹⁴. Por tanto, el estado de necesidad ampara la conducta del deudor que se insolventa cuando su actuación presenta como fundamento el atender al estado de salud propio o de un familiar⁹¹⁵.

Con todo, y aunque teóricamente pueda aceptarse el estado de necesidad como causa de justificación, opinan VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC que el juego de la justificación en el delito de alzamiento de bienes debería ser excepcional⁹¹⁶. Y esta afirmación seguramente se basa en la idea de que es bastante improbable que en la práctica puedan encontrarse supuestos que reúnan todas las condiciones necesarias para la aplicación del art. 20. 5 del CP.

⁹¹³ Vid. *supra*. el epígrafe VI. 3. de este Capítulo.

⁹¹⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 152 o MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 61, cit., p. 323.

⁹¹⁵ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., p. 388.

⁹¹⁶ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 78.

Así por ejemplo, si se recurre a la jurisprudencia, se podrá comprobar cómo la aplicación de esta causa de justificación es nula. En la STS de 4 de junio de 1993, el Alto Tribunal rechazó tajantemente la aplicación de la causa de justificación. En este caso concreto, se probó que el acusado provocó su estado de insolvencia con la finalidad de no satisfacer las deudas derivadas de su divorcio. No obstante, éste alegó la existencia de un estado de necesidad basado en que convivía con otra mujer con la que tenía tres hijos. Esta situación justificaría la provocación de la insolvencia, ya que con lo obtenido de la venta del único bien inmueble que poseía procuraba los alimentos y cuidados necesarios para su familia. El Tribunal rechazó estas alegaciones ya que, a su entender, no se reproduce en el caso concreto el presupuesto necesario e imprescindible de la existencia de una situación angustiosa e inminente de puesta en peligro de bienes jurídicos. A juicio del Alto Tribunal, el relato histórico de la sentencia impugnada no pone de manifiesto que la venta del local comercial se hubiese realizado para destinar el precio obtenido a solventar su propia subsistencia o enfermedad o la de los hijos que ha tenido con su actual compañera, sino que se ha pretendido eludir, al situar el local bajo la titularidad de su actual pareja, las obligaciones derivadas del divorcio de su anterior esposa⁹¹⁷.

X. Culpabilidad: especial referencia al error de prohibición

El aspecto principal que se analiza en este epígrafe es la posible relevancia y aplicación del error de prohibición en los delitos de alzamiento de bienes. Según la tesis preponderante en la doctrina, la concurrencia de esta clase de error en la conducta del sujeto activo implica una exclusión de la culpabilidad⁹¹⁸, es decir, del reproche personal que se hace

⁹¹⁷ Pueden verse además la SAP de Navarra de 25 de abril de 2006, la SAP de Alicante de 16 de marzo de 2004, la SAP de A Coruña de 19 de diciembre de 2000, o la SAP de Madrid de 23 de febrero de 2000.

⁹¹⁸ Ha de advertirse que a esta conclusión se llega tanto desde la teoría de la culpabilidad como a través teorías más recientes como la teoría significativa de la acción. En ambos casos, el error sobre la ilicitud del hecho cometido afectan a la culpabilidad o, si se sigue la teoría significativa de la acción, al juicio de reproche. Puede verse como ejemplos de una y otra tesis **LUZÓN PEÑA, D.-M.**, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 439 y **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., pp. 459 y ss o, del mismo autor, “La concepción significativa de la acción de T-S Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en *Libro Homenaje al Prof. Doc. Barbero Santos*, ARROYO ZAPATERO, L., (Dir), Salamanca- Castilla la Mancha 2001, p. 1167. No obstante, no todas las tesis sostenidas en la doctrina llegan a esta conclusión. Así, si se sigue como MIR PUIG la teoría del dolo, el error de

al autor por el hecho antijurídico cometido. Como expone el Tribunal Supremo en sentencias de 14 de noviembre de 1997 y 24 de junio de 2005 <<el error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente>>.

El error de prohibición implica, por tanto, un desconocimiento por parte del sujeto activo de la desvaloración negativa de la conducta y de la prohibición jurídica que ello conlleva⁹¹⁹. Quien actúa con error de prohibición yerra sobre la significación jurídica de su acción, por lo que cree - erróneamente- estar actuando en términos de correcta licitud⁹²⁰. Cuando se compruebe que en el sujeto activo del delito concurre la ignorancia de la antijuridicidad de su conducta la sanción penal puede rebajarse o, incluso, no imponerse. Según el dictado del art. 14. 3º del CP, el error de prohibición impide la exigencia de responsabilidad criminal cuando es invencible y la rebaja de la pena en uno o dos grados en caso de ser vencible. La comprobación del error deriva pues en una disminución o exclusión de la culpabilidad, según se trate de un error vencible o no.

Partiendo de estas premisas generales, ha de comprobarse la operatividad del error de prohibición en el delito de alzamiento de bienes. Y, al igual que se hizo con el error de tipo, una revisión de los pronunciamientos jurisprudenciales puede resultar de gran utilidad. Ha de tenerse en cuenta, que al hacer referencia al error de tipo, ya se aclaró que ciertos pronunciamientos jurisprudenciales son contemplados por la doctrina como errores de prohibición, pero que en realidad se trata de supuestos de error de tipo⁹²¹.

Más allá de esta última observación, es posible encontrar sentencias en las que sí se aborda el error de prohibición. No obstante, y como podrá comprobarse a continuación, la tendencia general por parte de la jurisprudencia es la no aplicación del error de prohibición. Como exponen

prohibición implica una exclusión del dolo. A diferencia de los autores antes citados, lo que se elimina no es la culpabilidad, sino la tipicidad. Vid. **MIR PUIG, S.**, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 546 en adelante y 553.

⁹¹⁹ Vid. **LUZÓN PEÑA, D-M.**, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 462.

⁹²⁰ Vid. **ZUGALDÍA ESPINAR, J-M.**, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 608.

⁹²¹ Vid. *supra*. el epígrafe VIII de este Capítulo.

VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, se trata de supuestos difícilmente inimaginables⁹²².

La jurisprudencia se muestra contraria a admitir que actúa con error de prohibición quien, partiendo de criterios ético-sociales elementales, sabe que con su acción causará un daño a otros sin ninguna razón que pueda justificarlo. En sentencia de 11 de noviembre de 1988, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de dos empresario condenados por delito de alzamiento de bienes que alegaban que en todo momento actuaron <<creyendo que obraban legítimamente y agobiados por las necesidades de la empresa>>.

En sentencia de 29 de septiembre de 1992 el Tribunal Supremo rechazó el error de prohibición por considerar que el acusado en ningún momento probó que actuase con desconocimiento de la ilicitud de su conducta. Según los hechos expuestos en el texto de la sentencia, un grupo de 23 empleados de la empresa X fueron objeto de despido colectivo legalmente autorizado. Basándose en las dificultades económicas que en ese momento atravesaba la citada empresa X, el Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya consideró oportuno el despido de dicho número de empleados, entre los cuales no figuraba el recurrente, pese a que estaba dado de alta en la Seguridad Social y percibía una remuneración por su actividad al frente de aquélla. Con posterioridad a la autorización de los despidos, el recurrente acude al Servicio de Medición, Arbitraje y Conciliación para reclamarle a la empresa el pago de su salario como director de ésta y la correspondiente indemnización por despido. En connivencia con otro administrador y el abogado de la empresa, el acusado obtuvo el pago de la supuesta deuda tras la venta de la maquinaria de la empresa. Cuando en el mes siguiente los restantes empleados instaron la conciliación los bienes de la empresa estaban embargados, con la consecuente imposibilidad de satisfacer sus créditos. El recurrente condenado por alzamiento de bienes alegó error de prohibición, motivo que fue desestimado por el Tribunal. La Sala 2ª del Tribunal Supremo entendió que no puede apreciarse error alguno en la conducta de quien simula ser trabajador - cuando en realidad es el responsable y representante máximo de la entidad empresarial- para burlar los derechos de los empleados, a la vez que actúa de acuerdo con otros para sustraer todos los bienes de la empresa.

De esta misma forma se manifestó el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 2001, cuando sentenció que no existe error de prohibición cuando se sustrae un bien garante de deudas legítimamente contraídas, por

⁹²² Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 84.

mucho que el deudor alegue que actuó según los consejos y asesoramiento de un abogado. Y este mismo criterio fue aplicado pero a la inversa en la ya citada, en sede de error de tipo, sentencia de 22 de abril de 1996 por la Audiencia Provincial de Barcelona⁹²³. Según el tribunal sentenciador el hecho de haber solicitado consejo a terceras personas, que efectivamente ayudaron a los acusados a realizar las acciones defraudatorias, imposibilita la apreciación del error de prohibición en su conducta. Los acusados primero se asesoraron y posteriormente efectuaron complejas actuaciones jurídicas que desembocaron en la insatisfacción de los créditos contraídos.

En la jurisprudencia de los tribunales menores pueden encontrarse más ejemplos sobre la apreciación del error. En sentencia de 12 de febrero de 2001, la Audiencia Provincial de Barcelona no estimó el error de prohibición en la conducta de una empresaria que, previendo una inspección tributaria, donó todo su patrimonio a su hija. La donación fue calificada por la Audiencia como liberalidad torticera y rechazó el error por considerar que una persona que se dedica al comercio mal puede alegar que desconoce el carácter obligatorio de las obligaciones tributarias.

Por su parte, la doctrina aprecia la concurrencia de un error de prohibición en los supuestos en los que el deudor actúa movido por la errónea suposición de la existencia de una causa de justificación⁹²⁴. El autor no desconoce el desvalor inherente al propio tipo, sino que se equivoca sólo en cuanto a la concurrencia de una proposición permisiva⁹²⁵. De esta forma, incurre en error de prohibición quien, sin errar sobre la situación, cree equivocadamente que le asiste una causa de justificación que el Derecho no admite o cuyos límites legales sobrepasa⁹²⁶. No puede negarse, por tanto, que el sujeto activo actúa con dolo, pero cree, sin embargo, que el ordenamiento jurídico ampara su actuación. El ejemplo que se puede extraer de la doctrina ya ha sido comentado con anterioridad. Así, QUINTERO OLIVARES entiende que actúa con error de prohibición el padre que dona a sus hijos su patrimonio, creyendo que obra en ejercicio de un derecho. El conocimiento defectuoso sobre la circunstancia eximente justificaría la apreciación del error

⁹²³ Como se recordará, esta misma sentencia fue puesta como uno de los ejemplos de no aplicación en la jurisprudencia del error de tipo. La Audiencia, tras comprobar los hechos, determinó que no cabía apreciar ni un error de tipo, ni un error de prohibición en la conducta de los acusados.

⁹²⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 159 y QUINTERO OLIVARES, G., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 126 y 127.

⁹²⁵ Vid. JESCHECK, H-H./ WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 496.

⁹²⁶ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 545 y en la jurisprudencia pueden verse la STS de 14 de noviembre de 1997 o, más recientemente, la STS de 24 de junio de 2005.

de prohibición. Dicho ejemplo, sin embargo, no constituye un error de prohibición sino un error de tipo. Como ya se expuso en su momento, se trataría de un error sobre los presupuestos objetivos o materiales de las causas de justificación y no sobre su existencia⁹²⁷.

XI. Tipos de imperfecta realización.

En diversos capítulos se ha hecho referencia a la consumación del delito de alzamiento de bienes y la admisibilidad o no de las formas imperfectas de ejecución y del desistimiento. No obstante, algunas cuestiones no han sido aún resueltas y otras precisan ser matizadas. En este sentido, además de un análisis más concreto de ambos extremos, resta todavía delimitar si el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de resultado.

Con todo, y antes de exponer las diferentes posturas sobre esta última cuestión, ha de recordarse brevemente cuáles son las teorías más significativas que en la doctrina se han desarrollado respecto del *iter criminis* y, en consecuencia al momento de consumación del delito y operatividad o no de la tentativa y del desistimiento.

Nuevamente, es necesario traer a colación las interpretaciones que la doctrina y jurisprudencia han realizado respecto del controvertido término <<en perjuicio>>⁹²⁸. Quienes sostienen que se trata de un elemento subjetivo del tipo externo al dolo entienden que la consumación se ha de cifrar en el instante en el que se constata la situación de insolvencia. De ahí que el posible perjuicio ocasionado al acreedor se sitúe en la fase de agotamiento del delito y que nada aporte a la aplicación del tipo penal. La insolvencia es, por tanto, el momento consumativo y el resultado de los actos de ocultación. De ahí precisamente que la exigibilidad de la deuda y el vencimiento resulten indiferentes en el análisis del *iter criminis*.

En el presente trabajo, sin embargo, se ha evidenciado en páginas anteriores que se parte de la idea de que la insolvencia es un resultado intermedio. Sería la causación del perjuicio lo que determinaría la

⁹²⁷ Vid. *supra*. el epígrafe VIII de este Capítulo.

⁹²⁸ Vid. *supra*. el epígrafe II de este Capítulo.

consumación del tipo penal. El perjuicio se identificaría pues como un elemento objetivo del tipo y no como agotamiento del delito.

A continuación se pondrán de relieve las consecuencias que en el *iter criminis* se derivan de optar por una u otra tesis.

XI. 1- La tentativa.

Por todo lo dicho, y aunque en línea de principio la tentativa no queda excluida, lo cierto es que la anticipación del momento de consumación del delito a la constatación de la insolvencia reduce notablemente la operatividad de las formas imperfectas de ejecución⁹²⁹. Si el punto de referencia para la consumación es la verificación de la insolvencia, las formas imperfectas del delito tendrán cabida al menos teóricamente⁹³⁰. De esta forma, cuando el deudor realiza actos de ejecución encaminados a lograr su propia insolvencia, con ánimo de perjudicar a sus acreedores, si no completa todos los actos de ejecución habrá llevado a cabo una tentativa inacabada del delito. A su vez, si los ha completado, pero la insolvencia no se ha producido por causas ajenas a su voluntad -v. gr. ha enajenado bienes en cuantía inferior a la necesaria para provocar la insolvencia-, habrá que apreciar una tentativa acabada de delito de alzamiento de bienes⁹³¹.

Si bien es cierto que esta última hipótesis no encuentra obstáculos teóricos que la invaliden, no menos acertado es afirmar que en la práctica estos hechos no se persiguen penalmente⁹³². No se actúa frente a ellos porque en primer lugar es difícil detectar estas conductas y porque, como se ha repetido en innumerables ocasiones, desde el punto de vista político-criminal

⁹²⁹ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 62.

⁹³⁰ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 64 y 66. Asimismo en la doctrina portuguesa puede verse esta misma opinión y respecto de los delitos de insolvencia dolosa la obra de **CAEIRO, P.**, “Crimes contra o patrimonio”, cit., p. 428.

⁹³¹ Cfr. **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 25. No obstante, apunta **MESTRE DELGADO, E.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 325, que es muy difícil aplicar la tentativa acabada pues, por lo general, una vez efectuados todos los actos se produce correlativamente la insolvencia. Por lo tanto, el delito estará ya consumado y no intentado.

⁹³² Vid. **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 79.

no parece muy adecuado ni este adelantamiento de las barreras punitivas, ni la hipervaloración del derecho de crédito que entraña dicho adelantamiento punitivo⁹³³.

En cambio, no sucede lo mismo si se parte de la tesis minoritaria por la que el delito se consuma cuando se comprueba la causación del efectivo perjuicio al acreedor⁹³⁴. La tentativa es posible siempre que no se haya consumado el delito y, por tanto, siempre antes del vencimiento de la deuda. Una vez alcanzada la fecha límite fijada para el vencimiento de la obligación crediticia el delito se estima perfecto. No obstante, en los momentos anteriores a esa fecha es posible que la conducta delictiva del deudor se vea truncada por motivos ajenos a su voluntad. El delito se reputará entonces en grado de tentativa.

Finalmente, para terminar con esta cuestión, ha de plantearse qué sucede cuando el sujeto se insolventa dolosamente, pero el delito no se consuma porque el presupuesto básico del delito, es decir, la deuda, no llega nunca a nacer por causas ajenas a su voluntad -v. gr. la deuda pendiente de resolución judicial finalmente no se declara-⁹³⁵. A diferencia de lo expuesto en el epígrafe anterior, el sujeto no desconoce su condición de deudor o potencial deudor, sino que asume dicha premisa. El sujeto parte de esta base y por ello es por lo que precisamente se insolventa. Ha de analizarse pues que tratamiento otorgar a esta hipótesis. En este sentido, ha de plantearse si lo que

⁹³³ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 168 o **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 25.

⁹³⁴ A idénticas conclusiones parecen llegar **BAJO FERNÁNDEZ** y **SUÁREZ GONZÁLEZ** cuando dicen que el delito de alzamiento es un tipo de lesión y que por tanto nada dificulta la admisión de las formas imperfectas. Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.-J.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 232. Si bien la solución es la misma que la sostenida en este trabajo ha de recordarse que el concepto de lesión o de perjuicio que manejan es diferente al que se sostiene aquí. Vid. en este Capítulo, el epígrafe II. 3-a).

⁹³⁵ En esta problemática se pueden incluir también los casos en los que la deuda sí nace pero la exigibilidad de ésta se ve sometida al cumplimiento de una condición. Como se recordará, en las obligaciones bajo condición suspensiva la deuda nace y vincula a las partes, pero no surge el derecho a exigir el cumplimiento hasta que no se compruebe la condición. Por ello, el acreedor no es titular actual del derecho de cobro, sino simplemente de una expectativa de derecho. Deberá esperarse a la comprobación de la condición suspensiva para que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación pactada. Así, quien se cree posible deudor se insolventa creyendo que la condición se cumplirá y por ello se le exigirá el cumplimiento de lo pactado. Al no llegar a cumplirse nunca la condición, el derecho a exigir el cumplimiento nunca ha surgido realmente. Vid. el epígrafe IV.1-b) de este Capítulo.

concorre es una falta de tipicidad de la conducta del sujeto, o una tentativa inidónea punible. Respecto a la primera de las posibilidades, ha de decirse que la falta de tipicidad se justificaría en el hecho de que la deuda es uno de los elementos típicos del delito, de tal forma que su inexistencia impide la concurrencia de todos los requisitos del tipo penal. Sin embargo, no siempre que falta un elemento del tipo la conducta tiene por qué ser calificada *a priori* como impune, sino que puede encajar en otra forma de tipicidad. En este sentido, y como segunda posibilidad, la conducta podría ser calificada como una tentativa inidónea punible⁹³⁶. La tentativa inidónea punible se aprecia cuando el sujeto intenta la comisión de un delito que no puede llegar a consumarse, ya sea por la idoneidad de los medios, del objeto material o, para algunos autores, por la inidoneidad del sujeto. Como en todo supuesto de tentativa, el sujeto da principio a la ejecución del delito a través de actos que objetivamente deberían producir el resultado, es decir, a través de acciones *ex ante* idóneas o capaces de producir el resultado perseguido⁹³⁷. Es *ex post* cuando se revela la inidoneidad de la conducta para poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido. Una vez finalizado el hecho, habrá que averiguar si la conducta de tentativa llevada a cabo por el autor habría podido producir el resultado delictivo en otras circunstancias⁹³⁸.

Si se aplican estas premisas al delito de alzamiento de bienes en los casos en los que el nacimiento de la deuda es incierto, las conclusiones a las que se llega son las siguientes. En primer lugar, la tentativa inidónea por causa del medio empleado no es viable. Así, el sujeto que se insolventa en previsión de que la deuda llegue a nacer, se sirve de un medio idóneo para frustrar el derecho de crédito. La provocación de la insolvencia es precisamente la manera más eficaz de evitar el cumplimiento de la obligación crediticia.

En segundo lugar, y respecto a la inidoneidad por el objeto material, ha de indicarse que efectivamente, la conducta del deudor que provoca la insolvencia es *ex ante* peligrosa para el bien jurídico, pues con ella se puede burlar el pago de la deuda. No obstante, en el posterior momento en el que se comprueba que el derecho de crédito no ha nacido, se constata *ex post* la inocuidad para el bien jurídico del resultado de insolvencia autoprovocada por

⁹³⁶ Vid. **LUZÓN PEÑA, D.-M.**, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 469.

⁹³⁷ Vid. **ZUGALDÍA ESPINAR, J.-M.**, *Derecho Penal. Parte General*, cit, p. 690 y **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 336.

⁹³⁸ Cfr. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 333 o **VÁZQUEZ- PORTOMEÑE SEIJAS, F.**, *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*, INAP-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 2003, pp. 456 y 457.

el deudor. Es cierto que el sujeto actúa en todo momento influenciado por la creencia de que la deuda va a nacer, pero al no llegar a surgir nunca ese derecho de crédito, se produce entonces una falta de tipicidad. Se trataría, por tanto, de un delito putativo.

En tercer lugar, podría pensarse que la inidoneidad de la tentativa viene determinada por el sujeto. Según la doctrina, este tipo de tentativa se produce en casos de delitos especiales propios en los que el autor cree que concurren circunstancias fácticas o jurídicas que, de existir, le convertirían en sujeto idóneo para la comisión del delito⁹³⁹. Así, en el caso ahora analizado, la inexistencia de la deuda determinaría la inidoneidad del sujeto para cometer el delito. Al no llegar a existir nunca la deuda no podría hablarse de la correlativa existencia de un deudor, es decir, del sujeto activo del delito de alzamiento de bienes. Ahora bien, para apreciar que el caso expuesto constituye un supuesto de tentativa inidónea punible, ha de aceptarse que la inidoneidad de la tentativa puede darse por el sujeto. Si esta premisa no se comparte, el ejemplo dado ha de ser calificado como delito putativo⁹⁴⁰. Así se manifiesta entre otros SOLA RECHE, que opina que no existen diferencias materiales en la conducta de quien erróneamente se cree destinatario de un deber que no le alcanza, e intenta infringirlo, y la de quien pretende contravenir una norma en absoluto inexistente⁹⁴¹.

En contra de aceptar la punición de la tentativa inidónea por razón del sujeto puede verse la opinión de un amplio sector de la doctrina. Así, por ejemplo, ZUGALDÍA ESPINAR afirma que la creencia en la existencia de un deber en realidad inexistente, no puede fundamentar ese deber, ampliando el ámbito de la norma⁹⁴². Por su parte, MIR PUIG entiende que punir este tipo de tentativa implicaría dejar que la opinión del sujeto determinase lo que es delito, y convertir en punible un hecho que la ley no quiere castigar⁹⁴³.

⁹³⁹ Vid. **FARRÉ TREPAT, E.**, *La tentativa de delito*, Bosch, Barcelona 1986, p. 433, **SOLA RECHE, E.**, *La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada 1996, p. 187 o **ZUGALDÍA ESPINAR, J.-M.**, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 696 y ss.

⁹⁴⁰ Vid. **JAKOBS, G.**, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, W de G, Berlin-Nueva York 1993, pp. 723 y 726, margs. 43 y 52, **SOLA RECHE, E.**, *La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos*, cit., p. 191, **COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, T.-S.**, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 683, **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., pp. 316 o **VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.**, *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*, cit., p. 478.

⁹⁴¹ Vid. **SOLA RECHE, E.**, *La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos*, cit., p. 191.

⁹⁴² Vid. **ZUGALDÍA ESPINAR, J.-M.**, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 699 y **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 422.

⁹⁴³ Cfr. **MIR PUIG, S.**, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 356.

Asimismo, VÁZQUEZ- PORTOMEÑE define al autor inidóneo como un sujeto que intenta llevar a la práctica una resolución de voluntad delictiva en circunstancias en las que las características formales del tipo hacen imposible su realización⁹⁴⁴. Este autor inidóneo yerra sobre uno de los caracteres del tipo penal, al identificar un ámbito delictivo mayor que el que efectivamente existe en la realidad normativa⁹⁴⁵. Partiendo de estas palabras, resulta que la acción de realizada no entraña peligro alguno para el bien jurídico, ni *ex ante* ni *ex post*. Por todo ello, cabe concluir, como hace MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que la inidoneidad del sujeto ha de identificarse como un delito putativo, ya que en estos casos falta la tipicidad del hecho⁹⁴⁶.

XI. 2- El desistimiento.

Por lo que refiere al desistimiento, tal y como se señaló anteriormente, es perfectamente posible que el propio deudor desista voluntariamente en su empeño de causar el perjuicio al acreedor⁹⁴⁷. El desestimiento voluntario poseerá efectos liberadores de la pena siempre que la conducta de arrepentimiento activo del deudor tenga lugar antes de que la deuda venza y sea exigible⁹⁴⁸. Así sucede por ejemplo cuando el deudor que, tras haber ocultado sus bienes y provocado su insolvencia, gana un premio en la lotería o recibe activos procedentes de una donación inesperada, y finalmente decide cumplir con la obligación asumida. En tal caso, si se produce el pago en el momento convenido no puede decirse en modo alguno que se haya producido un perjuicio al acreedor. Una lectura a *sensu contrario* permite afirmar que si el arrepentimiento y el abono de la deuda se produce después de su vencimiento, éste no exime de la responsabilidad penal por delito de alzamiento de bienes.

Contrariamente, si se parte de la tesis mayoritaria se llega a una solución diferente, puesto que no se admite la operatividad del desistimiento

⁹⁴⁴ Cfr. VÁZQUEZ- PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*, cit., p. 472.

⁹⁴⁵ Vid. VÁZQUEZ- PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*, cit., p. 478.

⁹⁴⁶ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., pp. 316 y 422.

⁹⁴⁷ Vid. *supra*. en este Capítulo, el epígrafe II.3-b).

⁹⁴⁸ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 62 y HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 807.

voluntario⁹⁴⁹. El hecho de que el deudor opte por abonar la deuda después de la insolvencia no impide la consumación del delito, ya que ésta se produjo ya con la constatación de la insolvencia. Partiendo de esta idea, y retomando el ejemplo utilizado en el párrafo anterior, el deudor que recibe activos procedentes del premio de lotería ha de ser sancionado como autor de un delito de alzamiento de bienes.

XI. 3- Caracterización del delito como tipo de mera actividad o de resultado.

Por lo que respecta a esta cuestión, parece producirse una tendencia dominante hacia su configuración como un delito de actividad. Según los partidarios de esta tesis, <<el delito se consumaría con el mero acto de disposición sobre el patrimonio propio que coloque al deudor en una situación de no poder hacer frente a sus obligaciones>>⁹⁵⁰.

Sobre esta opinión, sin embargo, han de realizarse ciertas matizaciones, las cuales pondrán de manifiesto que no es aceptable el razonamiento ofrecido por los autores que la defienden. Así, es probable que quienes, como QUINTERO OLIVARES, califican a los delitos de insolvencia como delitos de mera actividad, lo hagan como consecuencia de clasificarlos, a su vez, como delitos de peligro abstracto para el bien jurídico. Se comparta o no esta idea, lo cierto es que una cosa no implica necesariamente la otra. Aunque en numerosas ocasiones los delitos de peligro abstracto se construyen como delitos de mera actividad, no siempre tiene por qué suceder así, ya que es posible que dichos delitos se diseñen como tipos de resultado material⁹⁵¹.

⁹⁴⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 170 y ss o VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 66.

⁹⁵⁰ Cfr. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 65. Vid. también CUESTA MERINO, J-L., “La instrucción en los delitos de insolvencia punible”, cit., p. 557, CALDERÓN, A./ CHOCLÁN, J-A., *Código Penal Comentado*, cit., p. 581, VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 68, YAÑEZ VELASCO, R., *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., p. 169, MAZA MARTÍN, J-M., “Las insolvencias punibles”, cit., pp. 290 y 291, ALONSO, J-M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 307, RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Coord), *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*, cit., p. 654, BLANCO BUITRAGO, R., “La separación de los ilícitos civiles y los ilícitos penales en el ámbito concursal”, cit., p. 25 o CERES MONTES, J-F., “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 282. En la jurisprudencia puede verse la STS de 4 de febrero de 1991 o la SAP de Pontevedra de 15 de mayo de 2003.

⁹⁵¹ Vid. LUZÓN PEÑA, D-M., *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 314 o GIMBERNAT ORDEIG, E., “Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual, en *Política Criminal y Reforma Penal. Libro*

A la misma conclusión que QUINTERO OLIVARES llegan los autores que califican al delito de alzamiento de bienes como un tipo penal de peligro concreto⁹⁵². En estas construcciones típicas se exige que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para el bien jurídico⁹⁵³. Según la doctrina y jurisprudencia dominantes, en el delito de alzamiento de bienes, el peligro se constata con la consecución del estado de insolvencia, es decir, se requiere la producción de un resultado distinto a los actos de ocultación. Si se exige tal resultado, no parece lógico inclinarse después por la caracterización del delito como un tipo de actividad. Por ello, y aunque en este trabajo no se comparta tal opción, asiste la razón a QUERALT JIMÉNEZ cuando afirma que el delito de alzamiento de bienes <<es un delito de peligro concreto y, por tanto, de resultado>>. Y añade que <<la confusión estriba en que, concebido este como un delito de peligro concreto, el resultado no radica en la efectiva lesión patrimonial de los acreedores, sino en la producción *ad extram* de la insolvencia, obstativa de la realización ordinaria de los créditos que ostenta contra el autor sus acreedores>>⁹⁵⁴.

Lo cierto es que todos los autores que optan por la clasificación de estos delitos como tipos de mera conducta, convergen en la contradictoria idea de que para la consumación del delito es necesario que se produzca el <<resultado>> de insolvencia. Si se parte de la idea de que en los delitos de mera actividad no se requiere que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacial-temporalmente de la conducta, sino que el resultado se produce simultáneamente con la actividad⁹⁵⁵, el delito de alzamiento de bienes parece no encajar en la definición. Así las cosas, exigir el resultado de insolvencia como consecuencia de los actos fraudulentos del deudor imposibilita catalogar al art. 257 del CP como un tipo de mera actividad. <<Insolventarse>> es así término sinónimo de <<alzarse>> en el sentido de que significa alcanzar el resultado de insolvencia como consecuencia de los actos de ocultación o destrucción de bienes. Es posible, por tanto, diferenciar entre la <<actividad>> de ocultación o destrucción de los bienes y el consecuente <<resultado>> de insolvencia. En conclusión,

Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Don Juan del Rosal, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1993, p. 599.

⁹⁵² Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZALEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 33.

⁹⁵³ Vid. LUZÓN PEÑA, D-M., *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 314.

⁹⁵⁴ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J-J., *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 705.

⁹⁵⁵ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 225 y GIMBERNAT ORDEIG, E., "Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual", cit., p. 600.

puede afirmarse que basta con que exista una mínima separación espacio-temporal entre el inicio de la ejecución y la situación de insolvencia para que el delito sea ya de resultado.

Más allá de esta tesis, no faltan partidarios de la clasificación contraria, es decir, de su inclusión como delitos de resultado. Y, a su vez, es posible distinguir dos opiniones diversas, que discrepan de lo que ha de entenderse por resultado.

Por un lado, se sitúan aquellos que, como el ya citado QUERALT JIMÉNEZ, opinan que el resultado ha de identificarse con la insolvencia⁹⁵⁶. A juicio de los partidarios de esta tesis, ha de tenerse presente que el delito no se consuma hasta que no se verifica el estado de desbalance económico imputable a los actos fraudulentos del deudor. Ese sería precisamente el hecho que determina la clasificación del delito de insolvencia como un delito de resultado.

Finalmente, en este trabajo también se opta por la definición del delito de alzamiento de bienes como un tipo de resultado; sin embargo, el fundamento de base es otro. Si se parte de la idea de que el delito se consuma con la comprobación del perjuicio, que no de la insolvencia, es claro que el primero es el elemento que permite otorgar al alzamiento de bienes la naturaleza de delito de resultado. El perjuicio será, por tanto, el resultado separado de la acción de ocultación y destrucción de bienes que ha causado el resultado intermedio de insolvencia.

XII. Autoría y participación.

Como ya se expuso en el epígrafe dedicado al sujeto activo, el delito de alzamiento de bienes es un tipo penal especial, por lo que sólo quienes reúnan la condición de deudor podrán ser autores o coautores de este delito. En consecuencia, los restantes sujetos intervinientes únicamente podrán ser sancionados como partícipes. A su vez, el deudor puede ser tanto una persona física como jurídica, por lo que ha de tenerse presente lo estipulado en el art. 31 del CP. A este respecto ha de recordarse que el delito de alzamiento de

⁹⁵⁶ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J.-J., *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 704, GÓMEZ PAVÓN, P., “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, cit., p. 49 o MESTRE DELGADO, E., en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 322.

bienes es un delito de dominio y no de infracción de deber, por lo que el criterio de imputación será el incremento del riesgo no permitido⁹⁵⁷.

Partiendo de estas premisas pueden plantearse en relación con la autoría y coautoría las siguientes hipótesis.

XII. 1- La autoría en casos en que el deudor actúa en nombre propio.

Para el análisis de los distintos supuestos que pueden producirse ha partirse de una serie de premisas básicas, esto es, que el deudor sea persona física o jurídica y que actúe en nombre propio o mediante representante. Seguidamente se analizan las diferentes casuísticas:

- En el caso de que el deudor sea persona física y sea él mismo quien realice la conducta típica -v.gr. efectúa donaciones que implican su despatrimonialización- está claro que, sin problema alguno, será considerado autor.

- Si los titulares de la deuda son varios deudores y, mediando entre ellos acuerdo previo, realizan la acción delictiva conjuntamente, tampoco existiría problema en admitir la coautoría. Piénsese por ejemplo en el caso de una deuda solidaria, en virtud de la cual obligados al pago son dos sujetos. Si existiendo acuerdo previo, ambos convienen en ocultar los bienes de uno y otros mediante negocios jurídicos ficticios, de forma que autoprovoan dolosamente su insolvencia, nada impide afirmar que se trata de un supuesto de coautoría. En ambos sujetos concurre la condición necesaria para consumar el delito especial.

- Puede suceder además que el deudor utilice a un sujeto no deudor para que efectúe los actos necesarios para causar la insolvencia. El sujeto que realiza inmediatamente la conducta no puede cometer el delito de alzamiento de bienes a título de autor puesto que en él no se materializa la cualidad de ser deudor. Basta pensar, por ejemplo, en un deudor que pide a un amigo que realice actos de destrucción de los bienes del primero o negocios jurídicos ficticios que hagan desaparecer sus activos.

En tal caso pueden producirse dos situaciones. En primer lugar, podría apreciarse un caso de autoría mediata⁹⁵⁸. Naturalmente, para ello, habrá que

⁹⁵⁷ Vid. *supra*. el epígrafe VII de este Capítulo.

⁹⁵⁸ Vid. VIVES ANTÓN, T-S/ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 34, CABALLERO BRUN, F., "Algunos problemas de autoría y participación en las

probar que el *extraneus* es utilizado como un verdadero instrumento por el deudor -v.gr. el deudor le engaña y el *extraneus* desconoce los efectos de su conducta-. De ser así, el primero podría ser castigado como autor mediato.

No obstante, en no pocas ocasiones, quien efectúa los actos necesarios para causar la insolvencia del deudor sí es consciente de la intención de éste último de causar su insolvencia. Si así fuese, no podría decirse que el tercero sea un instrumento en manos del <<hombre de atrás>>. La autoría mediata quedaría pues descartada y se estaría en la segunda de las situaciones posibles: quien lleva a cabo la conducta descrita en el tipo especial es un tercero consciente que no reúne la condición necesaria para ser autor del delito. Las preguntas que cabe hacerse entonces son ¿cómo sancionar la conducta del deudor y del *extraneus*?, ¿cómo evitar la impunidad de las acciones del deudor y del tercero? La respuesta a estos interrogantes ha de buscarse en la caracterización del alzamiento de bienes como un delito de dominio. Si, como en este trabajo se hace, se parte de esta idea⁹⁵⁹, no habrá problema en admitir que quien realiza materialmente la conducta asume fácticamente la posición de deudor. En tal caso, y por la vía del art. 31 del CP, puede considerarse que el tercero ejecutante de la acción es autor del delito de insolvencia. De esta forma, la intervención de ambos sujetos, deudor y persona que lleva a cabo los actos desencadenantes de la insolvencia, pueda ser castigada mediante el delito de insolvencia del art. 257 del CP. El *extraneus*, que ha asumido la posición de deudor, será considerado el autor del delito de alzamiento de bienes y el deudor sancionado como inductor de este delito⁹⁶⁰.

- Finalmente, es posible apreciar la inducción cuando un *extraneus* influya en el deudor hasta el punto de hacer surgir en este último la idea de provocar o agravar su insolvencia en perjuicio de sus acreedores. Debe probarse que la determinación adoptada por el deudor ha sido tomada gracias al influjo psíquico del inductor. De ser así, al inductor se le podría imputar objetivamente la causación de la determinación del inducido a cometer el delito y ambos sujetos serían castigados por la vía del alzamiento de bienes, siendo uno inductor y el otro autor. Un ejemplo de ello podría ser aquel en que un asesor convence al deudor para que provoque su propia insolvencia. Y,

denominadas insolvencias punibles”, cit., p. 55 o **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 326.

⁹⁵⁹ Vid. *supra*. el epígrafe VII de este Capítulo.

⁹⁶⁰ Vid. **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, “Ley Concursal e insolvencia punible”, cit., pp. 1460 y 1461.

aunque autores como GONZÁLEZ CUSSAC⁹⁶¹ opinan que no puede hablarse de inducción dentro de las tareas propias del asesor, lo cierto es que no parece haber obstáculo alguno que lo impida. En este sentido, nada tiene que ver el tipo de trabajo que realice el sujeto inductor, es más, precisamente por su posición como asesor, éste tenga más posibilidades de influir en el deudor.

XII. 2- Autoría en los supuestos de actuaciones <<en nombre de otro>>. La aplicación del art. 31 del CP en el delito de alzamiento de bienes.

En un elevado número de supuestos en la práctica quien ejecuta los actos constitutivos de delito actúa en nombre del deudor y no en el suyo propio. En no pocas ocasiones, el sujeto que realiza los actos causantes de la insolvencia es un representante del deudor representado. En todos los casos en que no sea el propio deudor el que cometa el delito, sino su representante, deviene aplicable la cláusula de extensión de la autoría del art. 31 del CP⁹⁶².

El art. 31 del CP supone la extensión de la autoría a sujetos que, en principio y por determinadas circunstancias, no pueden ser considerados autores de un delito. Dicho artículo recoge en la legislación penal española lo que se ha convenido en denominar <<las actuaciones en nombre de otro>>. Su ámbito de aplicación se extiende únicamente a los delitos especiales⁹⁶³. La aplicación del art. 31 se ha diseñado precisamente para aquellos casos en los que el sujeto que realiza la acción típica no reúne las condiciones necesarias para ser autor, pero que, sin embargo, actúa en nombre de quien sí las

⁹⁶¹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., "Las insolvencias punibles en las sociedades mercantiles", cit., p. 98.

⁹⁶² Ha de advertirse de que, si bien esta es la orientación mayoritaria, en la jurisprudencia pueden encontrarse sentencias que optan por resolver estos supuestos mediante la <<teoría del levantamiento del velo>>. Vid. un ejemplo en la STS de 15 de junio de 2005. No obstante, como indican VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, esta opción no parece adecuada, porque implica una confusión de la esfera patrimonial de una persona jurídica con la de una persona física. Vid. VIVES ANTÓN, T-S/ GONZALEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 42. De la misma opinión puede verse MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 63. En opinión de NIETO MARTÍN, A., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 196, la construcción del levantamiento del velo podía ser de cierta utilidad cuando no existía una mención expresa del administrador de hecho en las actuaciones en nombre de otro.

⁹⁶³ Vid. CERESO MIR, J., *Curso de Derecho penal español III*, Tecnos, Madrid 2001, p. 219 o SILVA SÁNCHEZ, J-M., *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo blanch, Valencia 1999, p. 27.

reúne⁹⁶⁴. Piénsese por ejemplo en el representante de un incapacitado que realiza actos en nombre de este último, provocando su insolvencia y perjudicando a los acreedores del incapaz⁹⁶⁵. Es claro que el representante no es deudor y por tanto no podría, en línea de principio, ser autor de un delito de alzamiento de bienes. Al mismo tiempo, tampoco el incapaz podría ser considerado autor del delito, ya que no ha sido él quien ha ejecutado las acciones delictivas previstas en el tipo penal. Para evitar estas y otras posibles lagunas de punibilidad se extiende la autoría y se entiende que el representante debe responder como autor. De no existir el art. 31 del CP el delito quedaría impune⁹⁶⁶. El deudor incapaz no podría ser considerado nunca autor y el representante no podría ser partícipe. En este sentido, la participación sólo puede apreciarse cuando existe un acto típico u antijurídico de un autor anterior -principio de accesoriadad de la participación-.

El citado art. 31 del CP es de frecuente aplicación a los delitos empresariales por ser éste el sector del Derecho penal en el que abundan los delitos especiales⁹⁶⁷. Suelen ser delitos cometidos a través de una empresa y en los que el ente empresarial es el que reúne las características necesarias para ser autora. Su imputación, sin embargo, deviene imposible ya que el Derecho penal español sólo recoge la responsabilidad penal de las personas físicas. Hasta el momento, todavía no se ha diseñado un Derecho penal de personas jurídicas que permita considerar a éstas responsables criminalmente sino que, hasta que se materialice el cambio, rige el principio <<*societas delinquere non potest*>>. Hasta la fecha, el Código Penal únicamente prevé respecto de las personas jurídicas una serie de consecuencias accesorias recogidas en el art. 129 del CP. Ahora bien, cuando se comete delito a través de una persona jurídica y es ésta la que reúne las condiciones necesarias para apreciar la autoría, entra en juego la cláusula de extensión del art. 31, la cual permite considerar autores a los representantes -administradores de hecho o de

⁹⁶⁴ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 520.

⁹⁶⁵ Vid. GONZÁLEZ RUS, J-J., en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., p. 550 o FERNÁNDEZ TERUELO, G-J., *Estudios de Derecho Penal Económico*, Dykinson, Madrid 2003, p. 19.

⁹⁶⁶ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 43.

⁹⁶⁷ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 489. Sobre el concepto de <<criminalidad empresarial>>. Véase *supra*. el epígrafe II.2 del Capítulo Primero.

derecho- de dicha persona jurídica. El art. 31 del CP parte de la idea de que existe una escisión o disociación de los elementos del tipo del delito⁹⁶⁸.

En el caso concreto de los delitos de insolvencia punible puede suceder que sea el administrador de una sociedad quien realice los actos y negocios jurídicos de ocultación de bienes que desembocan en la insolvencia del ente societario. En principio, si bien la entidad societaria es la deudora, ésta nunca podrá ser considerada autora del delito de alzamiento, pues carece de la capacidad necesaria para responder criminalmente. En tal supuesto, será el administrador que ha realizado los actos que llevaron a la insolvencia quien, por la vía del art. 31 del CP, deba responder como a título de autor. Respecto de estas afirmaciones, debe aclararse que la imputación de los administradores como autores mediante el art. 31 del CP no es objetiva, sino que ha de partirse del principio de responsabilidad personal que rige en el Derecho penal. En los casos en los que la sociedad funcione a través de un órgano de administración colegiado, la extensión de la autoría debe fundarse en criterios objetivos. Por tanto, aunque el delito se cometa en el seno de un órgano de dichas características -v.gr. Consejo de Administración-, ello no implica automáticamente el nacimiento de una responsabilidad penal para todos los miembros del órgano⁹⁶⁹. Será en cada caso concreto, tal y como sucede con todos los tipos penales, donde habrá que comprobar la contribución de cada sujeto a la comisión del delito para identificar la posible autoría, coautoría o la participación⁹⁷⁰.

La conclusión a la que se llega es que podrán ser considerados autores, aun no siendo deudores, los representantes legales o voluntarios del deudor persona física y el administrador de hecho o de derecho de una persona

⁹⁶⁸ Sobre este concepto véase **SCHÜNEMANN, B.**, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa”, cit., p. 531 o, entre otros, también **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 520.

⁹⁶⁹ Cfr. **MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C.**, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 165. También puede verse **JORGE BARREIRO, A.**, “Los delitos de alzamiento de bienes: problemas prácticos”, cit., p. 200. Este último advierte cómo, a pesar de que no debe entenderse que la responsabilidad es objetiva, lo cierto es que se suele atribuir sin fundamentación probatoria la autoría a los representantes de las sociedades. Puntualiza cómo el Tribunal Constitucional ha venido conociendo en amparo de supuestos semejantes.

⁹⁷⁰ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 96. Para ver extensamente la forma de imputación en estos casos puede **SUÁREZ GONZÁLEZ, C.**, “Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1994, p. 46.

jurídica y cualquier otro que acceda al dominio social típico. Respecto de estos últimos deben ser aclarados determinados aspectos básicos.

Para definir el concepto de administrador de derecho ha de acudirse a la normativa extrapenal, concretamente a los requisitos que las normas mercantiles exigen para el nombramiento de los administradores de las sociedades. La Ley de Sociedades Anónimas en sus artículos 123 y siguientes establece las exigencias legales para el nombramiento de los administradores, así como las diversas formas que puede adoptar la administración. En líneas generales, puede decirse que sólo cabe hablar de administradores de derecho cuando su nombramiento reúna las condiciones legales establecidas⁹⁷¹.

En relación al concepto de administrador de hecho, la doctrina no es unánime respecto a como ha de definirse. Así, un sector minoritario de la doctrina considera que el administrador de hecho será aquel que, habiendo sido nombrado como administrador de la sociedad, adolece en su nombramiento de una de las exigencias legales establecidas en la normativa mercantil. Así, siguiendo la opinión de RODRÍGUEZ MOURULLO, serían administradores de hecho aquellos administradores designados que actúan antes de aceptar formalmente el cargo, o que actúan con mandato vencido, administradores que han sido nombrados sin advertir que concurren causas insalvables de prohibición, incapacidad o inhabilitación, etc.⁹⁷². Se trata por tanto de una concepción puramente formal, pues es la ausencia de uno de los requisitos establecidos en la norma mercantil la que define la cualidad de administrador de hecho en lugar de la de administrador de derecho. Por su parte, la doctrina penal mayoritaria se muestra contraria a esta tesis, y entiende que el Derecho penal debe partir de un concepto más amplio de administrador de hecho. Conforme a una perspectiva material debería incluirse en el concepto a todos los sujetos que de hecho ejerzan las funciones del cargo de administrador y se sitúen en posiciones idóneas para gestionar fraudulentamente el patrimonio de la sociedad⁹⁷³. El concepto de

⁹⁷¹ Vid. **RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.**, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, cit., p. 114 o **NÚÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., pp. 67 y ss. En cuanto a los requisitos necesarios para el nombramiento de los administradores puede verse **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Principios de Derecho mercantil*, cit., pp. 188 y ss.

⁹⁷² Vid. **RODRÍGUEZ MOURULLO, G.**, “Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción”, en *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, A Coruña 1998, p. 232.

⁹⁷³ Cfr. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 161. Véase también **MOYA JIMÉNEZ, A.**, *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Bosch, Barcelona 2007, p. 83 y **FERNÁNDEZ TERUELO, G.-J.**, *Estudios de Derecho Penal Económico*, pp. 20 y 21.

administrador de hecho debe responder a la realidad material⁹⁷⁴ y de ahí que se identifique al administrador de hecho con todo sujeto que posea capacidad de gestionar y controlar el patrimonio de la sociedad⁹⁷⁵. Así pues, son dos las cualidades que debe reunir el administrador de hecho. Por un lado, debe asumir funciones de administración y, por el otro, ha de constatarse la tolerancia, expresa o tácita, de la sociedad para que actúe de ese modo⁹⁷⁶.

Al mismo tiempo, no sólo debe haber asumido fácticamente las funciones de administración, sino además un dominio social sobre ellas referido a la posibilidad de disposición patrimonial a través de competencias efectivas que no están sujetas al control directo de terceras personas⁹⁷⁷. Este último dato, permite excluir a ciertos sujetos que, si bien tiene capacidad de disposición sobre el patrimonio de la entidad, no encajan en la esfera del administrador de hecho. Así sucede con el trabajador que dispone del patrimonio de la empresa sin que ello implique que en él confluya el dominio social. Si un trabajador realiza sustracciones de bienes, de forma que se produce por ello la insolvencia de la empresa, no será penalmente responsable de un delito de insolvencia. Lo será, si procede, de un robo, hurto u otro delito patrimonial⁹⁷⁸. El trabajador no actúa en nombre de la empresa, sino en nombre propio. Consecuentemente, la cláusula del art. 31 del CP deviene inaplicable por no tratarse de un administrador de hecho.

Cuestión diferente es que el administrador de la sociedad se ponga de acuerdo con el trabajador para que conjuntamente ejecuten el delito. De ser

⁹⁷⁴ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., p. 528, **FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.**, *El Administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, cit., pp. 323 y 324, **CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.**, en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., (Dir), Trivium, Madrid 1997, p. 3006 y para la visión que la jurisprudencia mantiene puede verse **MAGRO SERVET, V.**, *Guía práctica y casística de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, La Ley, Madrid 2002, p. 218.

⁹⁷⁵ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, *Empresa y Derecho penal*, cit., p. 273 o **NUÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., p. 77.

⁹⁷⁶ Cfr. **NIETO MARTÍN, A.**, *Los delitos de quiebra*, cit., p. 192.

⁹⁷⁷ Vid. **GARCÍA CAVERO, P.**, *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, cit., p. 186. También puede verse **GRACIA MARTÍN, L.**, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I*, Zaragoza, 1985, p. 383, para quien <<cuando un sujeto ajeno al *status* que define formalmente la autoría de un delito especial es facultado para el ejercicio fáctico de las posibilidades de acción que comporta la función de dominio social asume, sin duda, una posición material de autor equivalente a la de los *intraanei*>> o **NUÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., p. 127.

⁹⁷⁸ Vid. **GARCÍA CAVERO, P.**, *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, cit., p. 186 o **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 485.

así, sólo el administrador podría ser autor, mientras que el trabajador respondería como partícipe en el caso de que se cumplimentasen los requisitos legales para apreciar la participación⁹⁷⁹.

En conclusión, cuando el deudor sea representado por otro sujeto que actúa en su nombre y representación será considerado autor quien en un primer momento se presentaba como un *extraneus*. Así planteado parece no ser demasiado complejo; sin embargo se ha puesto de releve por la doctrina una casuística que merece ser mencionada.

- En primer lugar, se plantea el caso de un Consejo de Administración que decide realizar actos para provocar la insolvencia, que luego deben ejecutar otros sujetos. Partiendo de este enunciado, puede suceder que quien ha de ejecutar lo decidido sea otro miembro del Consejo, o sea por el contrario un subordinado. A continuación se analiza únicamente la primera de las hipótesis, pues la segunda posibilidad encaja en la última de las problemáticas tratadas en este epígrafe, esto es, los supuestos de delegación. Así pues, lo que ahora se pretende examinar es el supuesto en el que el administrador que realiza los actos de ocultación ficticia, no ha participado de la toma de decisiones que posteriormente ejecuta. Ante tal supuesto, la doctrina señala dos posibles hipótesis y soluciones. Si el administrador ejecutante conoce la decisión y su finalidad, y a pesar de ello actúa -ejecuta materialmente los actos de ocultación-, no parece que existan problemas para estimar su colaboración como autoría⁹⁸⁰. En este caso concreto, se produce una realización conjunta del hecho delictivo basada en un dominio social típico del hecho. Lo importante no será tanto que todos los sujetos tomen parte en la ejecución directa y material, sino el control o dominio que todos ellos tengan sobre la ejecución⁹⁸¹. Si por el contrario desconoce el fundamento de la decisión -provocar la insolvencia-, en línea de principio, no recaería sanción penal sobre éste. Si el administrador que comete los actos de ocultación ha sido utilizado como un verdadero instrumento, la hipótesis encaja dentro de la autoría mediata o coautoría mediata, si quienes han

⁹⁷⁹ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 486. En este mismo sentido véase **NUÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., p. 209.

⁹⁸⁰ Vid. **CABALLERO BRUN, F.**, “Algunos problemas de autoría y participación en las denominadas insolvencias punibles”, cit., p. 61.

⁹⁸¹ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 181. Asimismo, **NUÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., p. 142 y **BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 390.

adoptado la decisión han sido varios administradores del Consejo de Administración⁹⁸².

- La doctrina se ha preocupado también por supuestos en los que, existiendo un socio único o mayoritario y además administrador de derecho, éste acuerda con el administrador de hecho realizar actos que desemboquen en la insolvencia de la entidad. En tal hipótesis, si el socio realiza materialmente la conducta y se puede demostrar que éste ostenta funciones de dominio social, nada impide observar la coautoría⁹⁸³. Por todo ello, si se constata que ambos actuaron con el dominio social típico, entonces ambos son autores por la vía del art. 31 del CP⁹⁸⁴. Uno por ser administrador de derecho y el otro por actuar como administrador de hecho. El hecho de que exista un administrador formalmente nombrado no impide que se sancione igualmente al administrador de hecho⁹⁸⁵.

- El planteamiento es diferente cuando el socio no realiza materialmente la conducta, sino que imparte las órdenes al administrador para que lleve a cabo los actos de ocultación. En tal caso pueden plantearse dos hipótesis. En primer lugar, puede acontecer que el administrador desconozca la finalidad fraudulenta perseguida por el socio o que, en segundo lugar, sea consciente de ella. Comenzando por la primera de las posibilidades apuntadas, si el administrador que ejecuta la acción ignora la finalidad fraudulenta que se esconde tras las órdenes impartidas, éste será un instrumento del socio y, por tanto, habrá autoría mediata⁹⁸⁶. El socio que imparte las órdenes ostenta el dominio social y, por ello, concurre en él la condición necesaria de ser deudor. Correlativamente, es el administrador el sujeto que desconoce el fin fraudulento del mandato y el instrumento del que se sirve el socio para lograr dicho fin.

⁹⁸² Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 182.

⁹⁸³ Vid. **NUÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., p. 126. Como dice la autora, <<la asunción, por parte de un sujeto no cualificado, de funciones que caracterizan un *status* concreto, puede originar en los delitos de dominio una responsabilidad por la organización de ámbitos que, en principio, le son ajenos>>.

⁹⁸⁴ Vid. **GARCÍA CAVERO, P.**, *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, cit., p. 186 o **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 64.

⁹⁸⁵ Vid. **NUÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., p. 133.

⁹⁸⁶ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 64.

Contrariamente, según los presupuestos de la segunda hipótesis, si el administrador conoce la finalidad ilícita de la conducta, no puede decirse que sea un instrumento del socio, por lo que la autoría mediata quedaría descartada. Cabe preguntarse entonces, cómo ha de calificarse la actuación de uno y otro. Las opiniones doctrinales a este respecto son diversas y varían según la idea de que se parta. Así, para GARCÍA CAVERO, el dominio social sólo recae en la persona del administrador, por lo que el socio únicamente podría ser sancionado como partícipe⁹⁸⁷. Contrariamente, para MUÑOZ CONDE se trataría de un supuesto de coautoría porque existiría una realización conjunta basada en el dominio del hecho. Al igual que sucede en el caso anteriormente expuesto por el que un administrador decide y el otro ejecuta, lo importante es el control o dominio que ambos sujetos tengan sobre la ejecución del delito⁹⁸⁸. Así pues, y a diferencia de la opinión de GARCÍA CAVERO, no ha de descartarse *a priori* la posibilidad de considerar al socio también autor del delito. Si se demuestra que ambos sujetos, socio y administrador, ostentan el dominio social, nada impide que también el socio sea castigado como autor. Consecuentemente, el socio no ha de ser considerado un *extraneus*, sino que concurre en él la condición de deudor necesaria para ser sujeto activo del delito de alzamiento de bienes. Se trataría por tanto de un supuesto común de <<escisión>> en la ejecución de delitos en el seno empresarial⁹⁸⁹.

- Por otro lado, cabe preguntarse qué responsabilidad tiene el administrador que conoce las actuaciones de ocultación de otros administradores y no impide su realización. En tal caso, es evidente que los administradores ejecutantes habrán cometido el delito de alzamiento de bienes; sin embargo, la responsabilidad del administrador pasivo no está tan clara. Si éste tiene atribuidas funciones de vigilancia, podría pensarse, en principio, que se cumple el requisito para apreciar la comisión por omisión. Lo cierto es, sin embargo, que la pasividad no puede equipararse a la acción de ocultación. Faltaría la identidad estructural y material en el plano normativo entre la omisión cometida y la comisión activa. A su vez, y siguiendo a ROBLES PLANAS, en ciertos casos el omitente no ostenta la configuración relevante del hecho, sino sólo un fragmento del mismo, esto es, el no impedir la lesión habiéndose comprometido a ello. El origen del peligro es un tercero

⁹⁸⁷ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, cit., p. 187.

⁹⁸⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 181 y 184.

⁹⁸⁹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 64.

<<configurador>>, de modo que el deber de evitación es menos reprochable que el que tiene el poder de configuración relevante del hecho. La configuración por la no obstaculización del hecho equivale, a lo sumo, a su favorecimiento por vía activa⁹⁹⁰. Por todo ello, en el supuesto analizado parece oportuno considerar que se trata de un partícipe en comisión por omisión⁹⁹¹.

- Menos probable, aunque no por ello descartable, sería la situación en la que el socio de la entidad realiza actos tendentes a provocar la insolvencia sin que en modo alguno pueda decirse que actúa con dominio social típico, es decir, actúa al margen de las funciones de administración. En este infrecuente caso, al igual que sucedía con los trabajadores de la empresa, pueden serle imputados delitos como el hurto, el robo, apropiación indebida o daños. Para GARCÍA CAVERO, sería viable considerar que el administrador que conoce la conducta del socio y no actúa comete alzamiento de bienes a título de comisión por omisión⁹⁹². No obstante, y como sucedía en la hipótesis antes apuntada, no puede decirse que la conducta omisiva se equipare a la acción de alzarse, pues con su inactividad ni oculta, ni destruye los bienes. Con todo, ello no implica que la conducta del administrador quede impune. Puede entenderse que con su omisión colabora con el socio en su conducta delictiva. Así por ejemplo, si los actos del socio son constitutivos de un delito de apropiación indebida, el administrador permisivo podría ser sancionado como cooperador necesario o cómplice del éste. El administrador será, por tanto, partícipe del acto principal cometido por el socio, que nunca podrá ser calificado como delito de alzamiento de bienes por carecer el socio de la condición de deudor.

- Finalmente, es obligado detenerse en los supuestos en los que se realiza una delegación de competencias en el ámbito de organización de la empresa. Para analizar esta cuestión ha de partirse de la idea de que un gran número de organismos empresariales funcionan mediante el principio de delegación de competencias, esto es, mediante la creación por el empresario titular de la empresa de distintos niveles de toma de decisiones relativas al funcionamiento de la actividad empresarial⁹⁹³. Así, el primer acto de

⁹⁹⁰ Cfr. **ROBLES PLANAS, R.**, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, cit., p. 78.

⁹⁹¹ Sobre este aspecto de la comisión por omisión véase **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “La comisión por omisión”, cit., pp. 41 y 42 o **MIR PUIG, S.**, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 395.

⁹⁹² Vid. **GARCÍA CAVERO, P.**, *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, cit., p. 187 o **YÁÑEZ VELASCO, R.**, *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., p. 408.

⁹⁹³ Vid. **PUENTE ABA, L-M.**, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, cit., p. 399.

delegación se efectúa entre la empresa y los administradores, quienes a su vez delegan en los empleados. Los actos de delegación se suceden uno tras otro configurándose diversos niveles jerárquicos. Si se tiene en cuenta que cada sujeto delegado actúa con plena autonomía, habrá que preguntarse a quién o a quiénes ha de atribuirse responsabilidades penales en caso de que se cometa algún delito. Ha de plantearse, por tanto, si la delegación de competencias restringe la responsabilidad penal únicamente al sujeto delegado o si, contrariamente, se extiende también a la persona que delega.

Para poder resolver esta cuestión han de tenerse presentes ciertos datos. En primer lugar, sucede que quien toma la decisión de crear la empresa y organizarla mediante la delegación de competencias es el empresario. Desde ese momento, el empresario se convierte en garante original e inicial de la actividad empresarial, pues asume el compromiso de que de su decisión no se deriven hechos lesivos⁹⁹⁴. Por este motivo, el ordenamiento jurídico le exige al empresario delegante el mantenimiento de cierto control y vigilancia sobre las acciones de las personas en las que ha delegado el funcionamiento de la actividad empresarial⁹⁹⁵. En este sentido, el delegante sigue siendo el titular de la competencia de selección del delegado, de su formación, del suministro de información, de la correcta coordinación entre los delegados y, en términos generales, de la vigilancia y supervisión de la actuación de sus dependientes⁹⁹⁶. Así pues, el acto de delegación no exonera al sujeto delegante, pues éste sigue

⁹⁹⁴ Vid. **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, en *Empresa y Delito en el nuevo Código Penal II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997, p. 14. Véase también **FRISCH, W.**, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, MIR PUIS, S./ LUZÓN PEÑA, D-M., (Coord.), Bosch, Barcelona 1996, p. 116.

⁹⁹⁵ Vid. **LASCURAÍN SÁNCHEZ, J-A.**, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann*, Estudios jurídicos, Madrid 1995, pp. 212, 214 y 222.

⁹⁹⁶ Vid. **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, cit., p. 17. Asimismo véase **GARCÍA CAVERO, P.**, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterio de imputación*, cit., p. 94, **PUENTE ABA, L-M.**, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, cit., p. 400, **SCHÜNEMANN, B.**, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa”, cit., p. 538, **FRISCH, W.**, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, cit., pp. 117 y 121, **LASCURAÍN SÁNCHEZ, J-A.**, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, cit., p. 221 o **GRACIA MARTÍN, L.**, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I*, cit., p. 379.

conservando una responsabilidad residual y originaria no trasladada al delegado⁹⁹⁷.

En segundo lugar, no es menos cierto que la delegación de competencias implica una transferencia de responsabilidad del sujeto delegante al delegado. El acto de delegar tiene como efecto la creación de una nueva <<posición de garantía>>, a la vez que el sujeto en el que se delega asume funciones de control de riesgos⁹⁹⁸. Se trata por tanto de una cesión del poder de organización, que otorga al delegado capacidades de mando y, al mismo tiempo, la obligación de responder de las consecuencias derivadas del ejercicio de dichas capacidades.

Por todo lo dicho, resulta que tanto al delegante como al delegado se les puede atribuir responsabilidad penal, ya que ambos asumen funciones de control de riesgos derivados de la actividad empresarial⁹⁹⁹. Ahora bien, ello no significa que respondan de la misma forma, pues cada uno es responsable penalmente en la medida que haya contribuido a la realización del hecho delictivo. Así, con carácter general podrían presentarse dos hipótesis: que el sujeto delegante responda como autor en comisión por omisión o como partícipe en comisión por omisión¹⁰⁰⁰. La primera de las hipótesis apuntadas abarca aquellos casos en los que el sujeto delegante es el superior jerárquico inmediato del ejecutor del delito y tiene atribuida la competencia directa de evitar el hecho. La segunda se corresponde con aquellos supuestos en los que el sujeto delegante no posee la competencia directa de evitación del hecho delictivo, pero retiene la competencia de instar al delegado a que lo evite él¹⁰⁰¹. Este último presupuesto se refiere, por tanto, a la responsabilidad penal que le correspondería al sujeto delegante cuando el sujeto delegado trasfiere parte de

⁹⁹⁷ Vid. **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, cit., p. 16, **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, cit., pp. 508 y 509. Puede verse además **NUÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., p. 200 o **MONTANER FERNÁNDEZ, R.**, *Cuestión empresarial y atribución de responsabilidad penal individual. A propósito de la gestión medioambiental*, (Tesis doctoral), Universidad Pompeu Fabra, 2007, p. 126.

⁹⁹⁸ Vid. **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, cit., p. 15 y **LASCURAÍN SÁNCHEZ, J-A.**, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, cit., p. 218.

⁹⁹⁹ Vid. **PUENTE ABA, L-M.**, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, cit., p. 400.

¹⁰⁰⁰ Vid. **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, cit., p. 19 y **PUENTE ABA, L-M.**, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, cit., p. 402.

¹⁰⁰¹ Vid. **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, cit., pp. 17 y 18.

las competencias delegadas a un tercero. No obstante, como expone SILVA SÁNCHEZ, en estos casos de delegación en cadena no puede apreciarse la comisión por omisión porque el hecho de no instar al delegado a que controle a su inferior en la pirámide jerárquica no equivale según el sentido del texto de la ley a la comisión activa en calidad de autor¹⁰⁰².

Esta tesis podría aplicarse al delito de alzamiento de bienes cuando éste se efectúa en el seno de una empresa en la que se han delegado competencias. Así, por ejemplo, es frecuente que toda sociedad que desempeña una actividad empresarial tenga un encargado de contabilidad. Dicha persona tiene a su cargo la llevanza de los datos contables y el correspondiente pago de las deudas contraídas por la empresa. Puede suceder que el sujeto al que se le ha transferido las funciones contables oculte bienes de la empresa y las obligaciones debidas resulten impagadas. De ser así, y probándose el carácter doloso de la acción de ocultación, ésta podría ser constitutiva de un delito de alzamiento de bienes. En esta hipótesis, quien realiza la acción puede responder penalmente como autor del alzamiento de bienes y, a su vez, el superior jerárquico ser considerado autor en comisión por omisión. Habrá que comprobar que el delegante ocupa la posición de garante originaria y que éste posee la competencia directa de evitar el hecho. En tal caso, el resultado final - el perjuicio al acreedor- se le podrá imputar también a él.

En el mismo ejemplo, la participación en comisión por omisión podría apreciarse cuando ha existido una segunda delegación. Piénsese en los supuestos en los que el delegado que asume las funciones contables delega a su vez en un tercer sujeto. Si a este último se le han transferido competencias derivadas a su vez de la primera de las delegaciones, es posible que respondan tanto el delegante originario como ambos delegados. Quien efectúa el ocultamiento de bienes será autor, quien podría evitarlo y tenía competencia directa de evitarlo será autor en comisión por omisión y, finalmente, quien podría haber instado al control del ejercicio de las funciones delegadas podrá

¹⁰⁰² Vid. SILVA SÁNCHEZ, J-M., “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, cit., p. 18. En contra de esta opinión puede verse LASCURAÍN SÁNCHEZ, J-A., “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, cit., p. 223. El citado autor entiende que es preferible entender en todo caso que el delegante ha de responder a título de autor y no como partícipe. En la misma línea se sitúa NUÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., pp. 202 y ss. Asimismo, disiente de la tesis asumida en texto GARCÍA CAVERO, para quien el sujeto delegante sólo ha de responder en todo caso como partícipe. A su juicio, de adoptarse una postura extensiva de responsabilidad <<se perdería plenamente la función que el instituto de la delegación tiene en la vida económica moderna>>. Véase al respecto GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterio de imputación*, cit., p. 94.

ser considerado partícipe en comisión por omisión. Así, el delegado originario desatiende su competencia original y residual, consistente en controlar los riesgos generados por la delegación efectuada. Los administradores de la empresa pueden delegar las funciones de llevanza de la contabilidad, pero han de asegurarse que quienes las desempeñan lo hacen adecuada y correctamente.

Como puede observarse, la delegación de competencias se caracteriza por la existencia de una transferencia del control de riesgos y la creación de nuevas esferas de garantía; partiendo de esta idea, se han apuntado las posibles responsabilidades penales derivadas del acto de delegación de una competencia; no obstante, no siempre que un sujeto encarga a otro la realización de ciertos actos se produce este fenómeno de delegación de competencias. En este sentido, en el ámbito empresarial es muy común que un sujeto encomiende a otro la ejecución de una acción determinada, sin que a éste se le transfieran las competencias del primero. En tal caso, lo que se produce no es una delegación de competencias, sino una <<delegación de la ejecución de una función>>. En este tipo de delegación, el delegante sigue conservando la posición de garantía primaria, y debe responder por el hecho de no haber controlado directa y puntualmente el cumplimiento de la obligación¹⁰⁰³. El delegante sigue siendo, por tanto, el principal responsable de la acción delictiva¹⁰⁰⁴. A su vez, y a diferencia de lo que sucede con la delegación de competencias, el ámbito de autonomía del delegado es muy reducido. Ello no implica, sin embargo, que el delegado quede exonerado de toda responsabilidad, dado que sigue siendo responsable de realizar su cometido bajo los parámetros normativos establecidos¹⁰⁰⁵. Si el delegado se mantiene dentro de dichos parámetros no podrán exigírsele responsabilidades penales, pues su actuación entra dentro del desarrollo normal de su actividad profesional. En consecuencia, si va más allá de estos límites sí se le podrán exigir responsabilidades penales. Partiendo de esta premisa, el problema que se plantea ahora es determinar de qué manera ha de responder dicho sujeto. Siguiendo a MONTANER FERNÁNDEZ, para aclarar esta cuestión es

¹⁰⁰³ Vid. MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Cuestión empresarial y atribución de responsabilidad penal individual. A propósito de la gestión medioambiental*, cit., pp. 117 y 144 o FIORELLA, A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini Editore, Firenze 1985, p. 49.

¹⁰⁰⁴ Vid. MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Cuestión empresarial y atribución de responsabilidad penal individual. A propósito de la gestión medioambiental*, cit., p. 118.

¹⁰⁰⁵ Vid. MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Cuestión empresarial y atribución de responsabilidad penal individual. A propósito de la gestión medioambiental*, cit., p. 119.

preciso distinguir entre los supuestos en los que el encargo del delegante es en origen delictivo y cuando no¹⁰⁰⁶.

Comenzando por la primera de las hipótesis apuntadas, por encargo de origen delictivo ha de entenderse aquellos casos en los que el delegante introduce el factor delictivo a través de la actividad normal de la empresa. De esta forma, lo delictivo sería la orientación que adopta ese encargo, y no la actividad misma. El sujeto delegante es quien posee las facultades de gestión y de dirección y, por tanto, a él le corresponde asumir las consecuencias lesivas que se deriven de su ámbito competencial. Si esto es así, y si se parte de que el sujeto delegado simplemente cumple con lo encomendado, la conducta de éste ha de ser considerada neutral. Por todo ello, sólo si el delegado se aparta de estándar normal de su actividad profesional, se podrían pedir responsabilidades por su actuación. La responsabilidad del delegado sólo surge cuando éste se excede en el cumplimiento de su función y ese exceso se orienta hacia el favorecimiento del hecho delictivo. Será entonces cuando pueda decirse que la conducta del delegado ejecutor pasa a formar parte del hecho delictivo¹⁰⁰⁷. A juicio de MONTANER, si los hechos se desarrollan de esta forma, el delegado debe responder a título de partícipe¹⁰⁰⁸.

En segundo lugar, puede acontecer que el encargo del delegante tenga un origen lícito. Siendo así, y si nuevamente el delegado se mantiene en los límites de su estándar normativo, su actuación no es en modo alguno delictiva. El problema se plantea cuando una vez asumida correctamente la delegación de la ejecución de la función, el delegado infringe los deberes que le vinculan derivados de tal asunción. En tal caso, ha de plantearse si éste puede responder como autor, o si el delegante, en calidad de sujeto que conserva la competencia principal sobre la actividad de la cual se deriva la actuación delictiva, ha de responder por los actos del sujeto delegado. A esta cuestión ha de responderse que, al menos, ha de probarse que el sujeto delegante ha infringido el deber de cuidado que le atañe como titular principal de la competencia. Ha de probarse, pues, que ha descuidado la función de control los riesgos que se le atribuye por ser titular de la competencia. De constatarse

¹⁰⁰⁶ Vid. **MONTANER FERNÁNDEZ, R.**, *Cuestión empresarial y atribución de responsabilidad penal individual. A propósito de la gestión medioambiental*, cit., p.119 a 124.

¹⁰⁰⁷ Vid. **ROBLES PLANAS, R.**, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2003, p. 306.

¹⁰⁰⁸ Vid. **MONTANER FERNÁNDEZ, R.**, *Cuestión empresarial y atribución de responsabilidad penal individual. A propósito de la gestión medioambiental*, cit., pp. 122 y 144.

esta dejación de la función de control, el sujeto que delega podrá responder como autor en comisión por omisión.

Por lo que a este trabajo se refiere, ha de indicarse que todo lo expuesto sobre la <<delegación de la ejecución de una función>> es perfectamente aplicable al delito de alzamiento de bienes. En este sentido, es probable que en el seno de una empresa un superior jerárquico con capacidad de decisión sobre los activos y pasivos delegue en un subordinado la ejecución de ciertos actos que determinaran la insolvencia de la empresa. Por ejemplo, un superior jerárquico ordena a un subordinado realizar operaciones de inversión de activos en otras empresas, de las cuales es conocido que atraviesan una fase económica negativa. En línea de principio, la orden se enmarca dentro de la actividad normal de la empresa; no obstante, el tipo de inversión pone de manifiesto la intención ilícita de la orden dada. En tal supuesto, si el delegado se limita única y exclusivamente a realizar la inversión, no puede decirse que se haya desviado de su actividad profesional. A éste no le corresponde preocuparse de si la decisión adoptada es acertada o perjudicial para la empresa. En otras palabras, el delegado simplemente cumple con lo encomendado. Cosa diferente es que el empleado subordinado se extralimite. Ello puede suceder si éste, además de invertir en las empresas indicadas, destina cierto volumen de capital a la adquisición de acciones de otras entidades en situación también ruinosa. Este exceso se orienta hacia el favorecimiento de hecho delictivo al que antes se hizo referencia y, por tanto, el delegado puede ser considerado partícipe de la conducta delictiva de su superior jerárquico.

Si en cambio la orden es lícita, la premisa de la que se parte es diferente. Así, es posible que el delegante ordene a otro sujeto la venta de activos de la empresa. El delegante actúa dentro de sus competencias porque a él le corresponde decidir sobre el destino de los activos; no obstante delega la ejecución de la venta a una segunda persona. El delegado vende los activos tal y como se le ha encargado, pero lo hace a un precio ruinoso y notablemente por debajo de su valor real. De ser así, y tal y como ocurre con la delegación de competencias, si se prueba que el delegante descuidó su función de vigilancia directa podría ser considerado autor de un delito de alzamiento de bienes en comisión por omisión.

XII. 3- Participación.

Como delito especial propio, todo sujeto que intervenga en la conducta delictiva constitutiva de alzamiento de bienes y que no reúna la cualidad de deudor será considerado partícipe del delito. Si se tiene en cuenta que en la gran mayoría de los casos el deudor precisa del auxilio de otros para efectuar la ocultación de los bienes, no resultará extraño que ésta haya sido una de las cuestiones más discutidas en torno al delito de alzamiento de bienes. Algunos de los aspectos más relevantes ya se han ido analizando con motivo de los supuestos de autoría. No obstante, resta todavía examinar algunos de los aspectos a los que la doctrina y jurisprudencia han prestado más atención.

En primer lugar, ha de tratarse, claro está, de sujetos colaboradores que actúen con dolo y conocimiento de que participan en una maniobra destinada a perjudicar a los acreedores, pues de no ser así serán considerados terceros de buena fe¹⁰⁰⁹. Una vez constatado este extremo, el problema que se han planteado los jueces, tribunales y la doctrina especializada es la consideración que se debe atorgar al auxilio prestado, esto es, si la ayuda prestada convierte al no deudor en cooperador necesario o en cómplice. Sobre este punto, las opiniones de la jurisprudencia y la doctrina divergen. Así, tanto la jurisprudencia como un sector de la doctrina parten de la idea de que quien colabora con el autor en la conducta delictiva de alzamiento de bienes ha de ser sancionado como cooperador necesario¹⁰¹⁰. Los casos más paradigmáticos suelen ser los de la esposa que accede al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales o los familiares y amigos que aceptan donaciones simuladas o intervienen en compraventas ficticias¹⁰¹¹. Asimismo, sirve como ejemplo la conducta de quienes aceptan simular la existencia de una deuda y anteponen su cobro al de los créditos de los auténticos acreedores.

¹⁰⁰⁹ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 175 o **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 332.

¹⁰¹⁰ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S/ GONZALEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 38. De la misma opinión puede verse **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 115 o **QUERALT JIMÉNEZ, J-J.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 701. Sin embargo, pueden encontrarse en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sentencias en las que el auxilio prestado es considerado como complicidad y no como cooperación necesaria. Véase en este sentido la STS de 15 de junio de 2006, la SAP de Cantabria de 24 de diciembre de 2004, la SAP de Asturias de 7 de octubre de 2004, la SAP de Cádiz de 30 de octubre de 2002 o la SAP de Toledo de 23 de octubre de 2000.

¹⁰¹¹ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 175. En la jurisprudencia puede verse las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2006, 18 de junio de 2004, 21 de noviembre de 2002, 23 de marzo de 2002, 24 de abril de 2001 y 12 de marzo de 2001. En la jurisprudencia de los tribunales menores puede verse la SAP de Albacete de 30 de marzo de 2004.

Actualmente, en los delitos especiales propios, ambas calificaciones - cooperación necesaria/ complicidad- pueden llevar aparejadas las mismas consecuencias a nivel penológico. Fuera de estos supuestos, la cooperación necesaria y la complicidad tienen, por mandato obligatorio del art. 63 del CP, un tratamiento penológico diferente. Así las cosas, la posibilidad de aplicar la misma pena a ambas formas de participación en los delitos especiales se introduce por el legislador penal, de forma potestativa, en el art. 65. 3¹⁰¹². Según el texto del citado artículo, cuando en los inductores o cooperadores necesarios no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, la pena a imponer podrá ser inferior en grado. De esta forma puede evitarse que los autores de los delitos especiales y los partícipes - inductores u cooperadores necesarios- sean objeto de la misma reacción penal. Si se aplica este precepto al delito de alzamiento de bienes, resulta que la pena de quienes actúen como colaboradores necesarios puede rebajarse en un grado respecto de la pena establecida en el tipo básico. Por tanto, la pena podrá llegar a ser la misma que si se calificase el auxilio al deudor como complicidad.

Sin embargo, como se dijo, antes de la existencia del art. 65. 3 del CP las diferencias en relación a la pena eran sustanciales. Si se parte del dictado del art. 28. b) del CP, la calificación de la contribución del no deudor como cooperación necesaria llevaba aparejada la aplicación de la misma pena al deudor que al partícipe. La igualdad de trato en estos casos resultaba inadecuada, pues no ha de olvidarse que el sujeto que no reúne la cualidad necesaria para ser sujeto del delito especial, no tiene las obligaciones específicas que incumben a quien sí las reúne. Ante esta situación de injusticia material, autores como MUÑOZ CONDE ofrecían como solución el cambio de orientación, esto es, calificar los actos de auxilio al deudor como complicidad y no como cooperación necesaria¹⁰¹³. De esta forma, y por imposición del art. 63 del CP, se aplicaría la pena inferior en grado a la señalada por la ley para el delito de alzamiento de bienes.

Con la regulación actual, ya no es necesario recurrir a esta propuesta; no obstante, tanto antes como después de la entrada en vigor del art. 65. 3 del CP, lo más apropiado será no adoptar de forma general y automática una u

¹⁰¹² El apartado 3 del art. 65 fue introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁰¹³ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 177, 178 y 182.

otra opción, sino examinar cada uno de los casos que se presenten, y decidir si ha de ser calificado el auxilio como cooperación necesaria o complicidad¹⁰¹⁴.

Otra de las cuestiones que la doctrina más ha debatido es la referida al momento hasta el cual se pueden realizar actos de participación. Los principales problemas se generan respecto de la cooperación posterior y sucesiva. La pregunta que ahora se plantea es: ¿qué sucede cuando después de efectuada por el alzado una primera disposición patrimonial a favor de una persona, ésta procede, a su vez, a transmitir el bien o derecho adquiridos a otros sujetos? En tales casos, la línea que separa la participación de la receptación y el encubrimiento no es diáfana. Se llegue a la conclusión que se llegue, dos cosas sí son claras. Por un lado, para apreciar la participación habrá de demostrarse que el supuesto partícipe lo es de los actos del autor principal¹⁰¹⁵. Sólo así se podrá hablar de accesoriedad de los actos del partícipe. Por el otro, el supuesto partícipe ha de conocer la finalidad de su acción y la voluntad de ayudar al autor del delito de alzamiento de bienes¹⁰¹⁶.

Para dar solución a esta cuestión se debe recurrir al momento de consumación del delito. Así, todas las colaboraciones que se realicen antes de la consumación han de considerarse como participación en el delito de alzamiento de bienes. En este sentido, si se sigue la tesis mayoritaria sobre el instante de perfeccionamiento del delito, entonces sólo será posible la participación hasta que se constata la insolvencia. Ello deja un pequeño margen para la participación, por lo que podría ampliarse si aun después de la consumación se prueba que existió un acuerdo con el deudor desde un primer momento¹⁰¹⁷ o entender que la participación es posible hasta la terminación material del delito, y no sólo hasta la consumación formal¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁴ Vid. **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 331 o **CABALLERO BRUN, F.**, “Algunos problemas de autoría y participación en las denominadas insolvencias punibles”, cit., p. 55. En la jurisprudencia puede verse la SAP de Las Palmas de 23 de marzo de 2004, en la cual la Audiencia valora de forma diferente el auxilio de los dos sujetos que ayudan al deudor. El fallo del Tribunal determina la complicidad de uno y la calidad de cooperador necesario del otro.

¹⁰¹⁵ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S/ GONZALEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 38.

¹⁰¹⁶ Vid. STS de 19 de junio de 2004.

¹⁰¹⁷ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 175.

¹⁰¹⁸ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S/ GONZALEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 39.

Si, contrariamente, se parte de la tesis en este trabajo propuesta, las posibilidades se amplían notablemente y es posible apreciar la participación hasta que se produzca el perjuicio¹⁰¹⁹. Ello permite considerar actos de cooperación todas aquellas conductas posteriores a la primera acción de ocultación de los bienes que ayuden a mantenerla. Así, quien adquiere un bien de otro, que a su vez ha adquirido de forma fraudulenta para ayudar a un deudor a insolventarse, participa en el delito de alzamiento de bienes cometido siempre y cuando la deuda no haya vencido. Si el perjuicio se ha materializado, entonces los actos del tercero adquirente serán considerados como constitutivos de receptación o, si procede, como encubrimiento.

Para resolver, esta última cuestión, GARCÍA SÁNCHEZ recurre al ánimo de lucro como criterio distintivo entre la participación y la receptación. En este sentido, si el tercero adquirente actúa sin ánimo de lucro, debe ser considerado partícipe. Por el contrario, de comprobarse que sus acciones están basadas en el ánimo de obtener un beneficio en favor propio, debería recurrirse al delito de receptación¹⁰²⁰.

Sobre este planteamiento deben hacerse ciertas matizaciones. En este sentido, el art. 298 del CP exige como elemento subjetivo del tipo el ánimo de lucro y como elemento objetivo que el sujeto activo de la conducta de receptación tenga conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice. Como se indicó, GARCÍA SÁNCHEZ incide en el ánimo de lucro como el elemento que marca la diferencia de las conductas de alzamiento de bienes y la receptación; no obstante, y como nada impide que un partícipe actúe con ánimo de lucro en la conducta de otro, parece más adecuado entender que ha de ser la contribución delictiva en el delito de alzamiento de bienes el criterio que determine la aplicación de éste o de la receptación. La cuestión se resuelve, por tanto, comprobando si realmente la conducta realizada por el tercero es un acto de contribución al hecho de alzamiento de bienes o no. Si se prueba que la aportación del tercero a la conducta del autor del delito de alzamiento de bienes constituye una modalidad de participación nunca podría hablarse de receptación. Contrariamente, si este extremo no llegase a constatarse, podría apreciarse el delito de receptación, siempre que la conducta reúna todos los elementos de

¹⁰¹⁹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 65.

¹⁰²⁰ Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 335.

este tipo penal. Entonces sí podría decirse que el ánimo de lucro es el elemento determinante para la aplicación del delito de receptación.

XIII. Cuestiones concursales.

La materia que a continuación se analiza es uno de los aspectos del delito de alzamiento de bienes sobre los que la doctrina más ha incidido y, a la vez, uno de los temas más complejos de resolver. Por lo general la problemática concursal del delito de alzamiento de bienes abarca las relaciones de este tipo penal con los delitos de estafa, malversación impropia, el delito de desobediencia del art. 556 del CP, los delitos de falsedad documental, el delito de impago de pensiones, el delito de administración desleal del art. 295 y el delito fiscal.

XIII. 1- Relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y las diferentes modalidades de estafa.

Comenzando por el delito de estafa ha de apuntarse que las relaciones concursales que pueden producirse son numerosas, ya que pueden originarse con distintos tipos delictivos de estafa.

En primer lugar, se plantean dudas a la hora de decidir entre la aplicación del delito de alzamiento de bienes y el delito de estafa del art. 248 del CP, cuando el deudor contrae la deuda con la intención de no pagarla posteriormente¹⁰²¹. En estos casos, existe un engaño inicial por parte del deudor, ya que en ningún momento éste ha tenido la voluntad de cumplir la obligación contraída. Una vez asumida la deuda, el deudor se insolventa tal y como tenía previsto inicialmente, de forma que el derecho del acreedor se frustra.

Ante este supuesto, el primer punto que ha de aclararse es si es posible hablar de concurso real de delitos o si, contrariamente, ha de recurrirse al concurso de leyes. A este respecto, un sector minoritario de la doctrina y la

¹⁰²¹ Más allá de esta hipótesis, lo normal es que no existan problemas para apreciar el concurso real de delitos cuando se pruebe la autonomía de ambos. Vid. la STS de 31 de octubre de 2006, en la que el Tribunal Supremo admitió esta posibilidad siempre que se pruebe que ambas conductas no están relacionadas y se cometan mediante acciones plenamente diferenciadas. También puede verse la STS de 4 de mayo de 2006, en la que se aprecia el concurso real de delitos.

jurisprudencia mayoritaria admiten la posibilidad de acudir al concurso real entre el tipo básico de estafa y el delito de alzamiento, siempre que este comportamiento sea posterior a la consumación del tipo penal de estafa¹⁰²².

Por su parte, la doctrina mayoritaria opta por la apreciación del concurso de leyes¹⁰²³, aunque las opiniones divergen respecto a la cuestión de que delito ha de prevalecer y por qué.

Un sector mayoritario de la doctrina resuelve la cuestión acudiendo al principio de consunción, de forma que opta por aplicar el delito de estafa como *lex consumens* frente al delito de alzamiento de bienes¹⁰²⁴. Éste último constituiría un acto posterior impune y representaría el agotamiento del delito de estafa¹⁰²⁵. El elemento que determina la aplicación del delito de estafa es la existencia del engaño previo a la asunción de la obligación crediticia. En este sentido, el engaño es el elemento que caracteriza al delito de estafa, mientras que el delito de alzamiento se construye de un modo negativo frente a este delito al requerir precisamente la inexistencia del engaño previo a la asunción de las obligaciones crediticias¹⁰²⁶. Así, el delito de alzamiento de bienes exige para su comisión la existencia de una obligación crediticia válidamente

¹⁰²² Vid. **MAZA MARTÍN, J-M.**, “Las insolvencias punibles”, cit., p. 310, **MAGRO SERVET, V.**, “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, cit., p. 234. Autores como **MUÑOZ CONDE** se plantean también esta posibilidad, no obstante llega a la conclusión que es preferible dejar impune el alzamiento por tratarse en la práctica totalidad de los casos de un <<tirar de la misma cuerda>>. Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 203.

¹⁰²³ Vid. por todos **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 378. En la jurisprudencia puede verse la STS de 27 de noviembre de 2006, en la que se absuelve por ambos delitos, pero en la que se reconoce que de cometerse ambos delitos habría que recurrir al concurso de leyes.

¹⁰²⁴ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 377, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 129, **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 245, **QUERALT JIMÉNEZ, J-J.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 706, **CABALLERO BRUN, F.**, *Una nueva dogmática para las insolvencias punibles*, cit., p. 318 o **CERES MONTES, J-F.**, “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 301. En la jurisprudencia puede verse la STS de 20 de diciembre de 2005.

¹⁰²⁵ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 200, **REY GONZÁLEZ, C.**, “El delito de alzamiento de bienes en el Código Penal vigente”, cit., p. 772, **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 378 o **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Los Delitos de estafa en el Código Penal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid 2004, p. 65.

¹⁰²⁶ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 200, **CHOCLÁN MONTALVO, J-A.**, *El delito de estafa*, cit., p. 246 o **RAMOS RUBIO, C.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., p. 31.

constituida, lo cual no se produce cuando en el momento de su constitución el deudor no tiene intención de cumplirla¹⁰²⁷.

Por su parte, YÁÑEZ VELASCO sostiene de forma minoritaria que ha de acudir al principio de especialidad para dar solución a esta problemática consursal, de forma que ha de prevalecer el delito de alzamiento de bienes como *lex specialis*¹⁰²⁸. Ha de advertirse además que el autor no diferencia entre las diferentes modalidades de estafa, por lo que habrá que deducir que aplica este principio al concurso de normas entre el delito de alzamiento de bienes y todos los tipos de estafa.

A diferencia de todos ellos, un tercer sector doctrinal se muestra partidario de solucionar el concurso de leyes a través del principio de alternatividad. Tanto el delito de estafa como el tipo de alzamiento de bienes captarían en su totalidad el injusto, aunque desde perspectivas diferentes. Por ello, sería posible entender que la estafa constituye un acto previo copenado y no a la inversa. Se trataría por tanto de una relación de consunción impropia y habría que recurrir al principio de alternatividad -art. 8. 4º del CP-, en favor del precepto que señale la penalidad mayor¹⁰²⁹. Se apreciará el delito de estafa cuando resulten de aplicación los subtipos agravados del art. 250, mientras que de no ser así el delito de alzamiento deberá prevalecer por tener asignada una mayor penalidad que la estafa genérica¹⁰³⁰.

En segundo lugar, han de analizarse las relaciones existentes entre el delito de alzamiento de bienes y la estafa específica del art. 251. 2 del CP. Por lo general, se trata de casos en los que el deudor dispone de un bien como libre sabiendo que realmente recae sobre él una carga y, consecuentemente, ocasiona un perjuicio al acreedor titular del gravamen. En la presente hipótesis se requiere, por tanto, que el deudor disponga de un bien propio pero ya gravado, de forma que el titular del gravamen no puede satisfacer el derecho que éste le reporta. Como puede observarse, no existe engaño respecto del

¹⁰²⁷ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 377.

¹⁰²⁸ Vid. **YÁÑEZ VELASCO, R.**, *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., pp. 186 y 187.

¹⁰²⁹ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 90, **GONZALEZ RUS, J-J.**, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 173, **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 29, **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., p. 548.

¹⁰³⁰ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 67.

titular del gravamen ni acto de disposición patrimonial por su parte. Y este dato es relevante a los efectos concursales pues, dependiendo del concepto que se sostenga del delito de estafa del art. 251. 2 del CP, la solución que se dé variará.

En este sentido, para quienes este delito específico de defraudación requiere que se reproduzcan -al igual que en el tipo básico- los elementos de engaño y acto de disposición opinan que, en todo caso, habrá de aplicarse el delito de alzamiento de bienes¹⁰³¹. La estafa sólo podría apreciarse respecto del adquirente al que se le oculta el gravamen, pero nunca respecto del titular de éste.

Contrariamente, quienes entienden que en el art. 251. 2 se tipifica una suerte de estafa impropia, parten de la idea de que la inducción al error y el acto de disposición no son exigidos por el tipo y, por tanto, no habría problema alguno en aplicar el delito de estafa¹⁰³². Se trataría de un concurso de normas que se resolvería o bien por el principio de especialidad, o bien por el de alternatividad. En ambos casos, el resultado final será idéntico, ya que por uno u otro principio siempre prevalecerá el delito de alzamiento de bienes. Así, si se opta por el primero de los principios, habría que decantarse por el delito de alzamiento, pues la especialidad viene dada por el hecho de que el sujeto activo debe ser siempre un deudor. Si se entiende que no hay especialidad, el principio rector en este conflicto de normas será el de alternatividad. En tal caso, también habrá que aplicar el delito del art. 257 del CP por llevar aparejada éste una pena superior¹⁰³³.

Al mismo tiempo, y respecto de los casos de doble venta, no hay que olvidar al sujeto que adquiere el bien, ya que éste también puede ser sujeto pasivo de un delito. Si se prueba que el adquirente del bien fue engañado

¹⁰³¹ Vid. de esta opinión **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 91 o **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 29.

¹⁰³² Y nuevamente, dependiendo de cómo se configure las diferentes modalidades de estafa, diferente será el tipo penal que se aplique el supuesto enjuiciado. Para **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ** habría que aplicar el art. 248 del CP, ya que se induce a error en el adquirente por engaño y hay disposición patrimonial. Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 69. Contrariamente, **MUÑOZ CONDE** parte de la idea de que el art. 251. 2 exige los mismos requisitos que el tipo básico y, por ello, éste sería el delito aplicable. Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 207.

¹⁰³³ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 68. Ha de tenerse en cuenta que la mayor pena viene determinada por el hecho de que el delito de alzamiento de bienes además de la pena de prisión -que es la misma que lleva aparejada el delito del art. 251. 2- implica la imposición de una multa.

mediante la ocultación del gravamen y que a causa de ese engaño éste realizó un acto de disposición perjudicial para su patrimonio, el supuesto encaja en el tipo de estafa propia del art. 248 del CP¹⁰³⁴. En tal caso, es perfectamente posible la apreciación de un concurso de delitos entre el tipo de estafa y el alzamiento de bienes. Y, si bien en sobre este extremo la doctrina se muestra prácticamente unánime¹⁰³⁵, sí se suscita el debate en torno al tipo de concurso de delitos que deviene aplicable.

La opinión de la doctrina se divide entre aquellos autores que entienden que se cumplen todos los requisitos para aplicar el concurso ideal de delitos y aquellos que se muestran partidarios del concurso real de tipos penales. En este sentido, la divergencia de opiniones tiene su razón de ser en la interpretación que del art. 77 del CP se efectúe, y del concepto de concurso ideal de delitos del que se parta. Según el dictado de este artículo para apreciar el concurso ideal de delitos se exige la concurrencia de un solo hecho. El problema radica, pues, en determinar cuándo existe la unidad de hecho a la que hace referencia el legislador. Las orientaciones principales que la doctrina ha seguido al respecto son dos. Para un sector doctrinal, basta la coincidencia parcial del presupuesto objetivo de los tipos concurrentes, mientras que para otro es necesario que se produzca una concurrencia total¹⁰³⁶. Contrariamente, si la coincidencia no es plena, se estaría ante hechos típicos diferenciados y, por tanto, ante un concurso real de delitos¹⁰³⁷.

¹⁰³⁴ Y, claro está, como expone **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *Transmisiones de bienes fraudulentas. Aspectos civiles y penales de la estafa impropia*, Colex, Madrid 1998, p. 251, el adquirente debe actuar de buena fe, ya que de actuar de mala fe faltaría el requisito del engaño.

¹⁰³⁵ En opinión de **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 246, se trataría de un concurso de normas que habría que resolverse a través del art. 8. 4 del CP. Entiende el autor que <<con una sola acción se produciría la estafa para quien adquiere el bien, (...), y la insolvencia del deudor frente al titular del gravamen, no dándose una segunda acción independiente>>. El problema radica en que el autor confunde el concepto de concurso de normas con el concurso de delitos, pues el hecho de que la acción sea única no implica indefectiblemente que haya de tratarse de un concurso de normas. Si se aplica el principio de consunción del art. 8. 4 del CP, habría que aplicar el delito de alzamiento de bienes, cuya aplicación no englobaría el total del contenido del injusto. Ello implicaría dejar impune la conducta delictiva que se comete respecto del adquirente del bien. En este sentido, la condena por delito de alzamiento de bienes no tendría en cuenta la lesión del bien jurídico <<patrimonio>> del que es titular el adquirente del bien ni el perjuicio que a éste se le irroga. Una cosa es que no se admita el concurso real por la existencia de una única acción, y otra que se utilice este argumento para transformar lo que es un concurso de delitos en un concurso de normas.

¹⁰³⁶ Vid. Sobre esta cuestión y las diferentes opiniones **GARCÍA ALBERO, R.**, “*Non Bis in Idem*”. *Material y Concurso de Leyes Penales*, Cedens, Barcelona 1995, pp. 294 y ss.

¹⁰³⁷ Vid. de esta opinión **COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T-S.**, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 772, **JOSHI JUBERT, U.**, “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, en

Así las cosas, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, partiendo de la necesidad de la identidad plena para poder recurrir al concurso ideal de delitos, entiende que la falta de unidad viene determinada por la existencia de dos perjuicios diferentes para dos sujetos distintos¹⁰³⁸. En consecuencia, habrá que recurrir al concurso real de delitos. Contrariamente, MUÑOZ CONDE y BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO, solucionan la problemática concursal recurriendo al concurso ideal de delitos, pues ambos sujetos -titular del gravamen y adquirente- se ven afectados por la misma conducta¹⁰³⁹. La existencia de dos sujetos perjudicados distintos no impide, a su juicio, que se aprecie la unidad de hecho. Por tanto, parece evidente que aceptan y parten de la tesis de la identidad o coincidencia parcial en el presupuesto del tipo objetivo.

Para finalizar el examen de los posibles concursos entre el delito de alzamiento de bienes y la estafa, es preciso detenerse en el tipo específico del art. 251. 3 del CP. El concurso entre ambas figuras delictivas ha de plantearse cuando la conducta de alzamiento de bienes se realiza mediante el otorgamiento de un contrato simulado entre el deudor y otra persona para perjudicar a un sujeto distinto de los contratantes -v.gr. una donación ficticia para perjudicar al acreedor-. Una vez más, la doctrina mayoritaria considera que se trata de un concurso de normas y no de un concurso de delitos. Y, ante la hipótesis expuesta la solución vendrá nuevamente dada por el recurso al principio de especialidad, de consunción o de alternatividad. Sea cual sea el criterio que se adopte, siempre prevalecerá el delito de alzamiento de bienes, bien por ser ley consumidora¹⁰⁴⁰, por tener aparejada una pena mayor, en el caso de que se recurra a la alternatividad¹⁰⁴¹, o por ser ley especial¹⁰⁴². Frente a

Annuario de Derecho penal y ciencias penales, 1992, pp. 628, 632 y 633, **GUINARTE CABADA, D.**, “El concurso medial de delitos”, en *Estudios penales y criminológicos XIII*, Santiago de Compostela 1988-1989, p. 163 o **PUENTE ABA, L-M.**, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, cit., p. 425.

¹⁰³⁸ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 69.

¹⁰³⁹ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 208, **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 378 o **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Los Delitos de estafa en el Código Penal*, cit., p. 65. De la misma opinión, **RUIZ MARCO, F.**, *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., p. 357, **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., p. 548 o **CABALLERO BRUN, F.**, *Una nueva dogmática para las insolvencias punibles*, cit., p. 319.

¹⁰⁴⁰ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 210.

¹⁰⁴¹ De esta opinión puede verse **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 91, **DE VICENTE REMESAL, J.**, “Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público: delimitación y cuestiones

esta última opción puede objetarse, sin embargo, que en este conflicto de normas no existe una relación de género o especie que establezca la especialidad del delito de alzamiento de bienes sobre el tipo de estafa¹⁰⁴³.

Se distancia de esta opinión BAJO FERNÁNDEZ, para quien el delito de alzamiento de bienes opera como ley subsidiaria frente a la modalidad específica de estafa¹⁰⁴⁴. No obstante, a esta afirmación pueden oponerse dos argumentos. En primer lugar, no existe apoyo legal, expreso o tácito, que sustente esta opción¹⁰⁴⁵. Y, en segundo lugar, como afirma DEL ROSAL BLASCO, ello implicaría que el delito de alzamiento de bienes no se aplicaría nunca cuando la conducta de ocultamiento de los bienes se efectuase mediante la ocultación jurídica¹⁰⁴⁶. Lo que, a la vez, suele ser lo común y más corriente.

Finalmente, sobre la posibilidad de un concurso de delitos, ello será posible sólo si el contrato simulado provocó la insolvencia del deudor y el perjuicio para el acreedor y, a la vez, un perjuicio a otra persona diferente del acreedor. La autonomía del delito de estafa específica sólo existirá cuando el <<otro>> al que hace referencia el art. 251.3 sea un sujeto distinto del

concursoales. Comentario a la STS de 14 de julio de 1989”, cit., p. 128, **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 29, **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 81 o **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., 548. Al igual que sucede con el concurso de normas entre el alzamiento de bienes y la estafa del art. 251.2 del CP, la mayor pena viene determinada por el hecho de que el delito de alzamiento de bienes lleve aparejada la imposición de una pena de multa.

¹⁰⁴² Vid. **JORDANA DE POZAS, L.**, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 2856. Y también **YÁÑEZ VELASCO, R.**, *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., pp. 186, ya que como se apuntó aplica este principio de forma general a todos los casos de concurso entre la estafa y el delito de alzamiento de bienes.

¹⁰⁴³ Vid. **DE VICENTE REMESAL, J.**, “Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público: delimitación y cuestiones concursales. Comentario a la STS de 14 de julio de 1989”, cit., p. 128 o **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 69.

¹⁰⁴⁴ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Los Delitos de estafa en el Código Penal*, cit., p. 66.

¹⁰⁴⁵ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 69 o **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 91.

¹⁰⁴⁶ Vid. **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 29 o **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 91.

acreedor perjudicado por la insolvencia¹⁰⁴⁷. Al igual que sucedía con el art. 252. 2 del CP, no puede decirse que exista unidad de hecho y, por ello, de existir una concurrencia de delitos se solucionará mediante el concurso real y no mediante un concurso ideal.

XIII. 2- Las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y delito de malversación impropia del art. 435 del CP.

En un segundo bloque de delitos que pueden presentar objeto de una relación concursal con el delito de alzamiento de bienes se encuentra el delito de malversación impropia del art. 435 del CP. La problemática concursal se ciñe ahora a los supuestos en los que el deudor dispone de sus propios bienes en perjuicio de sus acreedores cuando los bienes y derechos han sido embargados y el propio deudor es el depositario. Nuevamente, las opiniones son diversas. Para un sector minoritario de la doctrina se estaría en presencia de un concurso ideal de delitos, ya que sólo así se apreciaría de forma exhaustiva la antijuridicidad del hecho¹⁰⁴⁸. No obstante, el sector mayoritario parte de la idea de que la hipótesis antes señalada ha de resolverse por el concurso de normas y no de delitos¹⁰⁴⁹. Y así, gran parte de la doctrina considera que el delito de malversación impropia ha de absorber al delito de insolvencia del art. 257 del CP, porque con su aplicación se logra captar el contenido total del injusto¹⁰⁵⁰. En definitiva, se aplicará en todo caso el delito de malversación, sea por la vía del principio de consunción¹⁰⁵¹ o de alternatividad¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁷ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 91 o **QUINTERO OLIVARES, G.**, *El alzamiento de bienes*, cit., p. 178.

¹⁰⁴⁸ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 233, **MAZA MARTÍN, J-M.**, “Las insolvencias punibles”, cit., p. 321 o **REY GONZÁLEZ, C.**, “El delito de alzamiento de bienes en el Código Penal vigente”, cit., p. 773 o **QUINTERO OLIVARES, G.**, *El alzamiento de bienes*, cit., p. 180.

¹⁰⁴⁹ De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de noviembre de 2006. En el caso concreto se absuelve por ambos delitos pero se reconoce que la relación entre ambos tipos penales es un concurso de normas.

¹⁰⁵⁰ Vid. **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 30 o **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 93. En la jurisprudencia puede verse la STS de 4 de enero de 2005.

¹⁰⁵¹ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 70, **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 30, **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los*

XIII. 3- Las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y delito de desobediencia del art. 556 del CP.

El art. 556 del CP regula un supuesto residual con relación a los delitos de atentado. Se sanciona la resistencia y la desobediencia frente a los mandatos de la autoridad o sus agentes, en el ejercicio de sus funciones, y siempre que dicha conducta no encaje en el dictado del art. 550 del CP. El bien jurídico que se protege es el principio de autoridad, entendido éste como mecanismo de las autoridades y funcionarios dirigido a asegurar el ejercicio de las funciones públicas que la ley establece al servicio de los ciudadanos¹⁰⁵³. Con la creación de este delito se sanciona pues el incumplimiento de los mandatos procedentes de una autoridad o sus agentes, tanto si el sujeto realiza una conducta prohibida -desobediencia-, como si no cumple con lo establecido en el mandato -resistencia-¹⁰⁵⁴. No obstante, y para evitar que todo incumplimiento de una norma constituya un delito de desobediencia, el legislador ha establecido ciertos requisitos que delimitan la aplicación del tipo penal¹⁰⁵⁵. Así, para apreciar la comisión del delito de desobediencia ha de comprobarse la existencia de una orden o mandato directo, expreso y terminante dictado por la autoridad o sus agentes en ejercicio de sus funciones. Dicha orden ha de imponer al particular una conducta activa o pasiva indeclinable o de estricto cumplimiento y el sujeto activo ha de conocer real y positivamente dicha orden. Se hará por parte de la autoridad el requerimiento formal y se comprobará que la negativa al cumplimiento de

delitos de alzamiento de bienes, cit., p. 93, **RUIZ MARCO, F.**, *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., p. 358, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *Transmisiones de bienes fraudulentas. Aspectos civiles y penales de la estafa impropia*, cit., p. 251 o **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 81.

¹⁰⁵² Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 214 o **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 247.

¹⁰⁵³ Vid. **ROIG TORRES, M.**, *El delito de atentado*, Aranzadi, Cizur Menor 2004, p. 75. De la misma opinión **JUANATEY DORADO, C.**, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo blanch, Valencia 1997, p. 37 y **MESTRE LÓPEZ, J.**, *El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes*, Bosch, Barcelona 1986, p. 21.

¹⁰⁵⁴ Vid. **JUANATEY DORADO, C.**, *El delito de desobediencia a la autoridad*, cit., pp. 51 y 52.

¹⁰⁵⁵ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 94.

dicho requerimiento es voluntaria y está dirigida a desprestigiar el principio de autoridad¹⁰⁵⁶.

Partiendo de estos datos, ha de resolverse la problemática concursal entre este delito y el alzamiento de bienes. Dicha problemática surge cuando además de la ocultación de los bienes por parte del deudor, éste se niega a entregar en el juzgado o poner a disposición del agente judicial los bienes que el juez designe. En tal supuesto, la doctrina dominante resuelve el problema concursal recurriendo al concurso ideal de delitos¹⁰⁵⁷.

No obstante, cuando se trataron las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y la estafa, se apuntó que la unidad de hecho exigida por el art. 77 del CP exige una coincidencia total del presupuesto objetivo de los tipos concurrentes¹⁰⁵⁸. Si se acepta esta premisa, habrá que decantarse nuevamente por el concurso real de delitos, ya que la conducta antes descrita presenta dos sujetos perjudicados y dos perjuicios diferenciados. Por un lado el acreedor y el perjuicio que se le irroga, y por el otro el Estado y menoscabo que se causa al principio de autoridad¹⁰⁵⁹. Pero es que, además, puede incluso afirmarse que no existe una identidad de acción, pues una cosa es la provocación de la insolvencia y otra la negativa a someterse al mandato judicial. Ambas acciones ni son coincidentes, ni tienen por qué producirse simultáneamente. A su vez, el deudor que se insolventa lo hace con el dolo de perjudicar al acreedor, mientras que cuando desobedece al juez actúa con el dolo de incumplir el mandato. En definitiva, cabe concluir que existen motivos suficientes para entender que la problemática concursal entre el delito de alzamiento de bienes y el tipo penal del art. 556 se soluciona a través del concurso real de delitos.

XIII. 4- Las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y los delitos de falsedad documental.

¹⁰⁵⁶ Vid. PRATS CANUT, J-M., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir)/ MORALES PRATS, F., (Coord), Aranzadi, Cizur Menor 2007, pp. 2043 y 2044.

¹⁰⁵⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 72 y 214. De la misma opinión VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 94.

¹⁰⁵⁸ Vid. *supra*. en este mismo epígrafe el subapartado XIII. 1.

¹⁰⁵⁹ Vid. CUERDA ARNAU, M-L., *Los delitos de atentado y resistencia*, Tirant lo blanch, Valencia 2003, p. 42 o JUANATEY DORADO, C., *El delito de desobediencia a la autoridad*, cit., p. 76.

La posibilidad de que se aprecie un concurso entre el delito de alzamiento de bienes y los delitos de falsedad documental se plantea cuando la falsedad es el medio o instrumento a través del cual se ocultan los bienes. En primer lugar, ha de indicarse que las reglas que rigen esta problemática concursal varían dependiendo del tipo de falsedad que el deudor haya cometido, es decir, según se trate de una falsedad ideológica o material¹⁰⁶⁰. Tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 las falsedades ideológicas consistentes en faltar a la verdad en la narración de los hechos son impunes -a excepción de las conductas falsarias de los artículos 261 y 290 del CP-¹⁰⁶¹. Así pues, cuando la ocultación de los bienes se efectúe a través de esta clase de falsedad, es claro que sólo puede hablarse de un delito, esto es, del alzamiento de bienes¹⁰⁶².

Por todo ello, las relaciones concursales quedan reducidas únicamente a los casos en los que el deudor cometa una falsedad material para conseguir la ocultación de su patrimonio. Como el acreedor es un particular, los delitos de falsedad que puede cometer son los delitos recogidos en el Código Penal en los arts. 392 -falsificación de documentos públicos- y 395 del CP -falsificación de documentos privados-. Por lo general, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por resolver el conflicto a través del concurso medial de delitos

¹⁰⁶⁰ Las diferencias entre una y otra categoría de falsedades puede verse en **SOUTO GARCÍA, E-M.**, “Problemática concursal en torno al delito de presentación de datos contables falsos del art. 261 del CP. Especial referencia a sus relaciones con el delito de falsedad en documento de la sociedad”, cit., p. 899 o, de una forma más amplia y completa, **VILLACAMPA ESTIARTE, C.**, *La falsedad documental: Análisis Jurídico-penal*, Cedens, Barcelona 1999, pp. 323 y ss.

¹⁰⁶¹ Sobre la impunidad general que el legislador de 1995 ha instituido, opina **OCAÑA RODRÍGUEZ** que sería conveniente que se revisase en algunos casos, ya que excluye el castigo de ciertos comportamientos que el citado autor considera merecedores de sanción. A su juicio, debería sancionarse, por ejemplo, el falseamiento de identidad o de estado en el Registro Civil, basado primordialmente a efectos de titulación, en meras declaraciones de conocimiento. Vid. **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 128.

¹⁰⁶² Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 70. A diferencia de lo que sucede en la actualidad, durante la vigencia del Código Penal de 1973, sí se sancionaba el hecho de que los particulares faltasen a la verdad en la narración de los hechos. Consecuentemente, era posible hablar de una relación concursal entre esta clase de falsedades y el delito de alzamiento de bienes. Los Tribunales de justicia partían de la idea de que con carácter general las falsedades cometidas no tenían otro fin distinto al de la comisión del delito de alzamiento de bienes y, por ello, entendían que la falsedad quedaba absorbida por el tipo de alzamiento de bienes. Lo más frecuente es que el deudor recurra a este tipo de falsedad, ya que toda ocultación implica una falta de veracidad en la narración de los hechos. Vid. al respecto **MAZA MARTÍN, J-M.**, “Las insolvencias punibles”, cit., p. 311, **BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 391 o **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 216.

cuando la falsedad cometida se realice en un documento público¹⁰⁶³. En estos casos puede decirse que son dos los bienes jurídicos afectados, a saber, el derecho de crédito y la seguridad del tráfico jurídico o funcionalidad del documento en el tráfico jurídico¹⁰⁶⁴. Contrariamente, cuando lo que se falsifica es un documento privado el concurso de delitos no puede apreciarse porque el art. 395 del CP exige que se actúe con la finalidad de perjudicar a otro. Por este motivo el injusto de este delito de falsedad quedaría consumido por el alzamiento de bienes, que absorbería al tipo falsario por la vía de la consunción¹⁰⁶⁵.

XIII. 5. Las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y delito de impago de pensiones.

Por lo que respecta al delito de impago de pensiones del art. 227 del CP, éste entra en conexión con el alzamiento de bienes cuando el sujeto activo provoca su insolvencia con la intención de evitar el pago de las prestaciones económicas en favor de su cónyuge o descendientes¹⁰⁶⁶. Una parte de los autores que se han ocupado de esta cuestión optan por el concurso de delitos, si bien no coinciden respecto a la clase de concurso que deviene aplicable.

Para MUÑOZ CONDE, la solución habría que buscarla en el concurso ideal de delitos, aunque el propio autor reconoce que la aplicación de la causa de exclusión de la pena del art. 268 del CP dificulta notablemente la apreciación del delito de alzamiento de bienes¹⁰⁶⁷. No obstante, el concurso ideal no puede aceptarse, pues no puede decirse que exista la unidad de hecho requerida por el art. 77 del CP. Es más, ni siquiera puede apreciarse la unidad

¹⁰⁶³ Vid. **DE VICENTE REMESAL, J.**, “Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público: delimitación y cuestiones concursales. Comentario a la STS de 14 de julio de 1989”, cit., p. 129, **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 94, **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 391, **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 70, **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 81, **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 250.

¹⁰⁶⁴ Vid. **RUIZ MARCO, F.**, *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., p. 359.

¹⁰⁶⁵ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 217, **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 71, **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 81 o **CABALLERO BRUN, F.**, *Una nueva dogmática para las insolvencias punibles*, cit., p. 335.

¹⁰⁶⁶ Puede verse como ejemplo de esta conducta la STS de 8 de julio de 2002.

¹⁰⁶⁷ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 216. Como partidario de la aplicación del concurso ideal véase también **GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, LAMARCA PÉREZ, C., (Coord.), Colex, Madrid 2005, p. 228.

de acción¹⁰⁶⁸. En este sentido, el delito de alzamiento de bienes se consuma cuando la deuda deviene exigible, mientras que el art. 227 del CP precisa para su perfeccionamiento que se deje de pagar dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos¹⁰⁶⁹. Así pues, el delito de alzamiento de bienes se habría consumado con anterioridad al momento de perfeccionamiento del delito de impago de pensiones. En este supuesto, de tratarse de un concurso de delitos éste sería medial¹⁰⁷⁰.

Otro sector doctrinal discrepa de esta tesis y se muestra partidario de recurrir al concurso de normas. Así, autores como QUERALT JIMÉNEZ optan por la aplicación del delito de alzamiento de bienes pero basándose en el principio de especialidad¹⁰⁷¹. No obstante, esta opinión no puede compartirse, ya que no existe una relación de especialidad lógica entre un delito y el otro. Un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por el segundo, algún otro presupuesto adicional¹⁰⁷². De esta forma, habría en el texto penal un delito genérico y un tipo especial en relación con ese tipo general. Así acontece, por ejemplo, en el caso del delito de alzamiento de bienes, con el tipo básico del art. 257. 1. 1º y los tipos específicos de los artículos 257. 1. 2º y 258 del CP. Sin embargo, en las relaciones entre el delito de alzamiento de bienes y el tipo de impago de pensiones no puede decirse que un precepto sea genérico y el otro una especie de éste, pues las conductas de ambos delitos son totalmente distintas. En el caso del alzamiento de bienes se tipifica la ocultación de bienes que, al derivar en una situación de insolvencia, causa un perjuicio al acreedor.

¹⁰⁶⁸ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 71.

¹⁰⁶⁹ Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., *El delito de impago de pensiones*, Bosch, Barcelona 1997, p.76 o GONZÁLEZ RUS, J-J., en *Derecho penal español. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL, M., (Coord), Dykinson, Madrid 2004, p. 418. Como dice este último autor, <<cualquier incumplimiento, incluso malicioso, que no suponga una vulneración de tales plazos no es, pues, constitutivo de delito>>.

¹⁰⁷⁰ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 71, LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Tirant lo blanch, Valencia 2001, p. 107, LORENZO SALGADO, J-M., en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 81 o BERNAL DEL CASTILLO, J., *El delito de impago de pensiones*, cit., p. 55. Este último autor califica al concurso como ideal, sin embargo, el razonamiento que aporta da a entender que se refiere al concurso medial. Lo más adecuado será entender que el citado autor se refiere a que el tratamiento penológico del concurso medial es idéntico al del concurso ideal.

¹⁰⁷¹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J-J., *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 364.

¹⁰⁷² Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 648.

Por su parte, en el delito del art. 227 del CP, lo que se sanciona es el impago de un crédito concreto y la causación de un perjuicio a su titular.

Por todo ello, si se recurre al concurso de normas, la solución ha de buscarse, por tanto, en otro principio, concretamente, en el principio de consunción. De aplicar este principio, el delito de alzamiento de bienes consumiría al delito de impago de pensiones, de tal forma que este último tipo penal constituiría un acto copenado posterior¹⁰⁷³. La estrecha relación existente entre el hecho principal y el hecho copenado hace que el precepto y la sanción que corresponde al primero resulte capaz, por sí sólo, de comprender tanto el contenido desvalorativo propio como el de ese otro hecho que permanece conectado a él¹⁰⁷⁴. En este sentido, el delito del art. 227 del CP requiere únicamente que se constate el impago de la pensión a los beneficiarios de ésta. No se especifica el modo en que ha de conseguirse tal fin. Por su parte, en el delito de alzamiento de bienes también se exige el impago de las deudas, no obstante se indica el cómo ha de lograrse dicho impago. Se trata, por ello, de un precepto con mayor contenido de injusto, en el que se exige, además del impago y el perjuicio al acreedor, un resultado de insolvencia. El mayor contenido de injusto de la conducta descrita en el tipo de alzamiento de bienes justifica la absorción del delito de impago de pensiones por éste. Y, aunque dicho contenido de injusto no comprende el hecho de que el impago de pensiones presupone la existencia de determinado parentesco entre autor y víctima, el desvalor de este comportamiento se tiene en cuenta si se aprecia el delito de alzamiento de bienes agravado por la circunstancia mixta de parentesco. Lo procedente será, por tanto, aplicar el tipo de alzamiento de bienes y la agravante mixta.

XIII. 6- Las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y delito societario del art. 295 del CP.

Según el art. 295 del CP, comete el delito societario de administración desleal de patrimonio ajeno el administrador que, abusando de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta, causando directamente un perjuicio a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes. Así pues,

¹⁰⁷³ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 71. Ha de indicarse que el autor apoya esta tesis en relación al concurso de normas; no obstante, él mismo aclara que la tesis del concurso de delitos es dogmáticamente correcta, pues ambos tipos penales tutelan bienes jurídicos diferentes y poseen una estructura diversa.

¹⁰⁷⁴ Cfr. PALMA HERRERA, J-M., *Los actos copenados*, Dykinson, Madrid 2004, p. 94.

cuando se pruebe que la administración fraudulenta y desleal es la causa de la insolvencia de una es posible hablar de concurso de delitos. Sobre el tipo de concurso que ha de aplicarse la doctrina no se muestra unánime. Así, para CASTRO MORENO o FARALDO CABANA, se trataría de un concurso ideal de delitos¹⁰⁷⁵, pues existiría unidad de acción. Este argumento no es compartido por MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, para quien, como sucedía con otros delitos antes expuestos, no puede decirse que exista una unidad de hecho. Por ello, y como en este trabajo se comparte, el concurso será real y no ideal¹⁰⁷⁶.

XIII. 7- Las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y delito de defraudación tributaria.

Finalmente, corresponde analizar las relaciones concursales que pueden producirse entre el delito de alzamiento de bienes y el comúnmente conocido como delito fiscal o delito de defraudación tributaria del art. 305 del CP. Antes de analizar como son estas relaciones, ha de traerse a colación lo que en su momento se expuso en torno a las deudas de derecho público. Como se indicó anteriormente, cuando se habla de las deudas tributarias ha de diferenciarse dos fases, a saber, la fase de liquidación y la fase de recaudación¹⁰⁷⁷. Como se concluyó con anterioridad, la fase en la que se comete el delito fiscal es la primera, mientras que será en el período de recaudación cuando sea viable la apreciación del delito de alzamiento de bienes¹⁰⁷⁸. Ello es así debido a que sólo en la fase de recaudación se puede hablar de la existencia de un crédito legítimo, cuyo cobro se pueda ver frustrado por la insolvencia. Por este motivo, todas las acciones delictivas que cometa el deudor tributario durante la fase de liquidación han de encuadrarse en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública.

Por ello, nada impide que un mismo deudor cometa ambos delitos, es decir, que defraude al Erario público en la fase de liquidación -v.gr. falseando

¹⁰⁷⁵ Vid. **CASTRO MORENO, A.**, *El delito societario de administración desleal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1998, p. 475 y **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo blanch, Valencia 2000, p. 367.

¹⁰⁷⁶ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo blanch, Valencia 2001, p. 92. De la misma opinión se muestra **CABALLERO BRUN, F.**, *Una nueva dogmática para las insolvencias punibles*, cit., p. 323.

¹⁰⁷⁷ Vid. *supra.* el epígrafe IV.1. d) de este mismo Capítulo.

¹⁰⁷⁸ Vid. *supra.* el epígrafe IV. 2. a) de este mismo Capítulo.

datos- y que, finalizada ésta, se insolvente para impagar la cuota defraudada. De esta forma, el contribuyente habrá realizado dos conductas distintas e independientes, que darían lugar al concurso real de delitos entre el delito fiscal y el alzamiento de bienes. Lo que no resulta posible es, como sostienen MORENO CÁNOVES/ RUIZ MARCO, la aplicación de un concurso ideal de delitos¹⁰⁷⁹. En este sentido, siempre habrá dos conductas diferentes ya que el delito fiscal se cometería privativamente en fase de liquidación -falseando los datos- y el alzamiento en la fase de recaudación -ocultando los bienes y provocando la insolvencia-. El autor realiza dos hechos diferentes que, además, se consumarán en momentos distintos¹⁰⁸⁰. No habrá por tanto la unidad de hecho que se requiere para aplicar el concurso ideal de delitos del art. 77 del CP.

Asimismo, tampoco es aceptable la propuesta de MUÑOZ CONDE de entender que en ese caso debería aplicarse un concurso de leyes en el que el delito de alzamiento sería un acto copenado posterior e impune¹⁰⁸¹. El delito de alzamiento de bienes puede servir como complemento en el caso de que no sólo se defraude a la Hacienda Pública en fase de liquidación, sino también en fase de ejecución y recaudación¹⁰⁸². Y a la vez, el delito de alzamiento de bienes puede aplicarse autónomamente cuando la conducta delictiva se refiera únicamente a la fase de recaudación.

Cabe concluir, en definitiva, que las relaciones entre el delito de alzamiento de bienes y el tipo delictivo del art. 305 del CP se basan en el principio de autonomía de cada uno de los delitos, si bien es posible su aplicación conjunta a través del concurso real de delitos¹⁰⁸³. Cosa distinta sería que cuando se procede a la liquidación del tributo existan otros créditos precedentes y pendientes con otros acreedores. En tal caso, los mismos actos que se ejecutan para defraudar a la Hacienda pública pueden simultáneamente constituir una conducta de alzamiento de bienes respecto de los acreedores cuyos créditos ya han vencido y son exigibles. Y, a pesar de que la hipótesis

¹⁰⁷⁹ Vid. MORENO CÁNOVES, A./ RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 459.

¹⁰⁸⁰ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 73.

¹⁰⁸¹ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 215.

¹⁰⁸² Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “De las insolvencias punibles”, cit., p. 715.

¹⁰⁸³ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 73, MAZA MARTÍN, J-M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 311 CABALLERO BRUN, F., *Una nueva dogmática para las insolvencias punibles*, cit., p. 333 o MORENO VERDEJO, J., “El tratamiento de las insolvencias en el nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales”, cit., p. 132.

difiere de la antes examinada, también ahora sería adecuado recurrir al concurso real de delitos. En este supuesto tampoco procede apreciar el concurso ideal¹⁰⁸⁴, ya que no puede decirse que exista una identidad de hecho, sino sólo la unidad de acción¹⁰⁸⁵.

XIV. La causa de exclusión de la pena del art. 268 del CP.

En el siguiente epígrafe se analiza lo que desde la parte general del Derecho penal se ha convenido en denominar <<causa de exclusión de la pena>>. Como su propio nombre indica, las causas de exclusión de la pena implican una ausencia de imposición de la sanción penal. Así, sucede que a pesar de que el delito en cuestión se consuma, la pena no llega a imponerse. El hecho cometido y probado es típico, antijurídico y culpable pero no punible¹⁰⁸⁶. La causa de exclusión de la pena implica la existencia de una circunstancia personal que, por estrictas razones de utilidad en relación con la protección del bien jurídico, excluye la imposición de la pena¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁴ De esta opinión véase **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 254.

¹⁰⁸⁵ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 73.

¹⁰⁸⁶ Vid. **ZUGALDÍA ESPINAR, J-M.**, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 841.

¹⁰⁸⁷ Las causas de exclusión de la pena tienen su fundamento en razones de política criminal. En ocasiones, el legislador opta por tolerar ciertos comportamientos que por sí mismos son delito pero que considera no merecedores de sanción. Se trata de casos en los que, en una ponderación, las finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena. Así, por ejemplo, en Alemania, antes de la reforma del CP, el § 247 II del StGB recogía la exención de pena entre parientes cuando se cometía un delito patrimonial. La justificación de la exención recaía en la idea de evitar la destrucción de la familia y el matrimonio, a la que contribuía el castigo de esos delitos. Actualmente se ha derogado este precepto y se establece en el § 247 que el delito de hurto entre familiares será perseguido a instancia de parte. Vid. **ROXIN, C.**, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid 2001, p. 978. Asimismo, **BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., pp. 44 y 45, exponen que el legislador entiende que en el comportamiento del autor concurre una conciencia de saberse perdonado y falta de una exacta representación de la gravedad de la conducta, todo ello derivado del especial contenido vinculante de la relación de parentesco y de la concreta vida comunitaria que se desarrolla de las relaciones familiares. Añaden los autores, sin embargo, que la total exención de pena no está plenamente justificada, de forma que debería quedar relegada a sustracciones de escaso valor. Asimismo, SÁNCHEZ TOMÁS califica la existencia de esta causa de exclusión de la pena, por entender que es desproporcionada. Argumenta el autor que se mantiene de esta forma una <<visión ilídica>> de la familia como unidad antropológica de convivencia y autorregulación, que choca frontalmente con

Y esto es, precisamente, lo que el legislador ha querido establecer en las Disposiciones comunes del Capítulo X¹⁰⁸⁸. El art. 268 del CP instituye una causa de exclusión de la pena¹⁰⁸⁹, que afecta a todos los delitos patrimoniales que anteceden al citado artículo. La previsión de esta causa de exclusión de la sanción penal no supone una destacada novedad en la legislación penal. El legislador de 1995 no hizo sino mantener aquello que ya su predecesor había establecido. En su momento, el ya antiguo legislador de 1944 decidió que ciertos delitos patrimoniales quedasen impunes cuando el sujeto activo y pasivo estuviesen unidos por un vínculo específico, esto es, que entre ellos mediase una relación de parentesco.

Así pues, y teniendo presente que los delitos de alzamiento de bienes y, en general, todos los tipos de insolvencia están incluidos en esa primera parte del Título XIII, se justifica la redacción de este epígrafe. La disposición común contenida en el art. 268 del CP es plenamente operativa cuando el delito cometido es un delito de insolvencia punible¹⁰⁹⁰. El análisis de esta causa de exclusión de la pena se lleva a cabo teniendo siempre presente los efectos que provoca respecto del delito de alzamiento de bienes; no obstante, es evidente que, por tratarse de una disposición común a todos los delitos que preceden al Capítulo X del Título XIII, las conclusiones a las que se llegue son asimismo aplicables a dichos delitos.

Según el texto del art. 268 del CP:

<<1º Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos

una realidad social en que las situaciones de prevalimiento son la excusa perfecta para el abuso. Vid. **SÁNCHEZ TOMÁS, J.-M.**, en *Derecho Penal. Parte Especial II*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1997, p. 94. Asimismo sobre esta cuestión puede verse **DE FIGUEIREDO DIAS, J.**, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra 2004, p. 619.

¹⁰⁸⁸ En opinión de **BUSTOS RAMÍREZ, J.-J./ HORMAZÁBAL MALARÉE, H.**, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 360, se puede afirmar que el art. 268 del CP es la excusa legal por excelencia.

¹⁰⁸⁹ Puede verse entre otros **LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M.**, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 140 o **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 227.

¹⁰⁹⁰ Vid. por todos **VIVES ANTÓN, T.-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 97.

patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación>>.

<<2º Esta disposición no es aplicable a los extraños que participen en el delito>>.

Como puede observarse, la razón de ser de la exclusión de la pena es la relación de parentesco existente entre los sujetos activo y pasivo del delito. De comprobarse la concurrencia de todos los elementos del tipo, la pena no se aplica si los sujetos activo y pasivo son cónyuges, hermanos, descendientes, ascendientes o afines hasta el primer grado si vivieren juntos.

Sin duda, la relación de parentesco que mayor debate ha suscitado en la doctrina es la que une a los sujetos por el matrimonio. En primer término ha de señalarse que la previsión de que la exclusión de la pena no opere si éstos se encuentran separados legalmente o de hecho, o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad resulta del todo lógica. Precisamente, este fue uno de los avances que supuso la entrada en vigor del art. 268 en el año 1995. En el art. 564 del Código Penal anterior, no se diferenciaba entre la situación de los cónyuges separados o en proceso de separación y la de aquellos que no lo estaban. La exclusión de la pena recogida en el citado artículo podía aplicarse con carácter general a los cónyuges. Con la nueva redacción se puso fin a lo que algunos autores habían calificado como una insultante impunidad¹⁰⁹¹. Esta impunidad beneficiaba a los cónyuges separados o en proceso de ruptura de la relación conyugal que se insolventaban precisamente para evitar el pago de las responsabilidades patrimoniales para con el otro cónyuge.

Actualmente, al establecerse este límite a la exclusión de la pena del art. 268 del CP, es ya posible apreciar el delito de alzamiento cuando los cónyuges hayan instado el proceso de separación, y uno de ellos provoque dolosamente su insolvencia con el fin de eludir el pago de las responsabilidades pecuniarias derivadas precisamente de ese proceso. Partiendo de la tesis que en este trabajo se sostiene sobre el momento que determina la consumación del delito de alzamiento de bienes, el tipo penal podría considerarse perfecto una vez que la pensión hubiese sido establecida por el juez del proceso y dicha deuda resultase impagada a su vencimiento¹⁰⁹². Si llegado el vencimiento no es posible encontrar bienes en el patrimonio del cónyuge deudor por causa de su

¹⁰⁹¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 230.

¹⁰⁹² Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 74.

autoprovocada insolvencia, el art. 268 del CP no debería tenerse en cuenta y el delito se aplicaría.

Diferente es el caso que plantea MUÑOZ CONDE, para quien es impune el alzamiento de bienes entre cónyuges cuando uno de ellos se insolventa antes de que se produzca la separación legal o de hecho, pero en previsión de ésta¹⁰⁹³. Para el citado autor, partidario de la consumación del delito con la constatación de la insolvencia dolosa, la conducta deviene impune porque, al no estar separados los cónyuges cuando se consumó el delito, la exclusión de la pena del art. 268 es plenamente operativa. La consumación del delito se produce aunque no se haya iniciado el procedimiento de separación o divorcio y, por tanto, en ese momento les une una relación de matrimonio. A juicio del citado autor, no existe óbice jurídico alguno que impida aceptar la operatividad de la causa de exclusión de la pena en este caso.

Si bien en línea de principio dicha conclusión parece acertada, es posible realizar ciertas matizaciones que desembocan en una solución diametralmente diferente. La conclusión a la que llega el citado autor sólo será correcta si se parte de las premisas sostenidas por la doctrina mayoritaria, esto es, que el delito se consuma con la provocación y constatación de la insolvencia.

Contrariamente, si se parte de la idea de que el delito sólo se perfecciona con el vencimiento de la deuda, el esquema del delito varía notablemente. Así, por tanto, no está falto de razón MUÑOZ CONDE cuando advierte de la impunidad de la conducta; no obstante el motivo alegado por éste no puede ser asumido. La conducta sería impune no por mandato del art. 268 del CP, sino porque antes del proceso de ruptura matrimonial ni siquiera existiría obligación patrimonial alguna que incumplir, ni crédito que frustrar. Como se ha dicho reiteradamente y comparte la casi totalidad de la doctrina y jurisprudencia, sin derecho de crédito que vulnerar no puede apreciarse en modo alguno la comisión del delito de alzamiento de bienes.

Así las cosas, la única forma de que los actos del cónyuge previsor sean considerados punibles pasa por que cualquiera de los dos cónyuges inicie el proceso de ruptura matrimonial, de forma que pueda declararse por el juez la existencia de la deuda. Una vez constituida por mandato judicial la obligación patrimonial, ya es jurídicamente posible imputar su impago a la insolvencia

¹⁰⁹³ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 230.

fraudulenta del cónyuge deudor. Coherentemente con lo expuesto sobre el momento en que el delito de alzamiento de bienes ha de considerarse perfeccionado, si llegado dicho vencimiento se prueba que el impago procede de la insolvencia planeada y ejecutada antes del proceso judicial, el delito se consumaría sin excepción alguna¹⁰⁹⁴. Al igual que sucede con el tipo penal de alzamiento de bienes del art. 258 del CP, los actos tendentes a la insolvencia y esta misma se llevan a cabo y se consiguen antes del nacimiento de la deuda; no obstante, el delito no se consuma hasta que la deuda nazca al mundo jurídico y pueda exigirse su cumplimiento¹⁰⁹⁵. El elemento que distingue ambos supuestos es la naturaleza de la deuda frustrada, a saber, la deuda contraída con el otro cónyuge resultante del proceso de ruptura en el primero, y la responsabilidad civil derivada de delito en el segundo.

Pero los problemas que se pueden derivar de la previsión del art. 268 del CP no terminan en este punto, sino que es posible encontrar incluso dificultades para respetar la coherencia interna del ordenamiento jurídico cuando el alzamiento de bienes está dirigido precisamente a evitar el pago de obligaciones entre familiares surgidas de normas jurídico-privadas. En este orden de cosas, VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC califican de contradictorio el hecho de que el Derecho privado imponga la obligación del pago de una deuda, cuyo fraudulento impago queda impune a causa de la denostada exclusión de la pena del art. 268 del CP¹⁰⁹⁶. Así las cosas, el Derecho que obliga al hermano o padre a pagar una pensión alimenticia permite evitar su pago con la comisión de una conducta delictiva que el legislador tipifica por un lado, y deja impune por el otro.

Es evidente, pues, la contradicción a la que aluden los autores, ya que el mismo vínculo parental que unía a dos sujetos y es el origen de la relación jurídica obligatoria se alega a su vez como motivo suficiente para negar la punibilidad de la conducta fraudulenta del deudor. Así por ejemplo, y a diferencia de lo que se expuso respecto de los cónyuges, el padre, hermano o hijo que en previsión del pago de una pensión alimenticia se insolvente antes de la constitución judicial de la deuda, no podría ser castigado por alzamiento de bienes aun tras el vencimiento e impago de dicha deuda. La causa de

¹⁰⁹⁴ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 75.

¹⁰⁹⁵ Vid. *infra*. el epígrafe III.2 del Capítulo Quinto.

¹⁰⁹⁶ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 98. Concretamente dicen <<la obligación entre parientes, que sólo pueden incumplir los parientes, no se castiga precisamente por ser parientes>>.

exclusión de la pena desplegaría todos sus efectos y anularía la punibilidad de la conducta.

Si bien están en lo correcto los autores cuando afirman que <<quizás>> la causa de exclusión de la pena entre parientes no debería aplicarse en supuestos de incumplimiento de obligaciones familiares¹⁰⁹⁷, no menos cierto es que poco puede hacerse en sede interpretativa o judicial para autorizar dicha inaplicación. El hecho de no poder encontrar razones que, desde un punto de vista jurídico material, justifican esta evidente realidad, conduce a la doctrina ha criticar duramente la previsión de la exención de la pena del art. 268 por considerarla distorsionante e injusta¹⁰⁹⁸. Tanto es así, que en la práctica la operatividad de la causa de exclusión de la pena respecto de los delitos de alzamiento de bienes es prácticamente nula. Dicha falta de operatividad es una herencia de los antiguo Código Penal de 1944/1973, puesto que ya durante su vigencia los tribunales de justicia se mostraron comúnmente reacios a la aplicación de la entonces excusa absolutoria del art. 564 del citado texto legal¹⁰⁹⁹.

En un intento por reducir la gravedad de dicha incongruencia material, pueden, no obstante, esgrimirse varios argumentos. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la eximente afecta sólo a la responsabilidad criminal y no civil. El art. 268 del CP deja subsistente en todo caso la responsabilidad civil. Al mismo tiempo, se trata de una causa de exclusión de la pena de carácter personal, por lo que la impunidad sólo beneficia al sujeto en el que concurre la condición específica requerida, pero nunca en los extraños.

Asimismo, ha de tenerse presente que la exclusión de la pena sólo opera cuando, además de la relación de parentesco, los citados sujetos viven juntos, lo que reduce en cierta medida la gravedad de la previsión del art. 268 del CP¹¹⁰⁰. Con todo, y aunque es cierto que el Código Penal de 1995 incluye expresamente este requisito adicional de convivencia, los problemas de interpretación de dicha cláusula no resultan en modo alguno desdeñables. En

¹⁰⁹⁷ Cfr. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 98.

¹⁰⁹⁸ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 98 o **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 231 entre otros.

¹⁰⁹⁹ Sobre la escasa aplicación en la jurisprudencia de la excusa absolutoria del antiguo art. 564 y del actual art. 268 puede verse extensamente **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 228 a 230. Puede verse un ejemplo en la STS de 4 de junio de 1993.

¹¹⁰⁰ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 75.

este trabajo, siguiendo la opinión de gran parte de la doctrina, se asume que la exigencia de la convivencia se extiende a todos los sujetos mencionados en el texto¹¹⁰¹. De no probarse que el sujeto activo y pasivo <<viven juntos>>, la exención de pena no debería tenerse en cuenta.

Sin embargo, esta no es la única interpretación posible. Así, la deficiente concreción del texto y la defectuosa sintaxis del artículo abren la puerta a entender que la convivencia sólo se exige cuando el autor del delito es un afín de primer grado o un cónyuge. En consecuencia, cuando el delito de alzamiento de bienes relaciona a un ascendiente, descendiente o hermano que no viven juntos, la causa de exclusión de la pena se aplicaría y se eximiría de la pena al deudor hermano/a, hijo/a, padre o madre. Así lo entendió por ejemplo el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de diciembre de 2000, según la cual ningún hermano que, sin hacer uso de la violencia o intimidación, cometa un delito patrimonial en contra de otro puede incurrir en delito patrimonial. El Tribunal Supremo admite de esta forma la causa de exclusión de la pena aun cuando los hermanos no viven juntos¹¹⁰².

Más allá de estas consideraciones, lo cierto es que desde un punto de vista de la justicia material lo más lógico sería que la exigencia de convivencia se extendiese a todos los parientes mencionados en el texto del art. 268 del CP. Estos problemas de interpretación se podrían haber evitado si el Código Penal de 1995 se hubiera redactado conforme se planteó en el Proyecto de Código Penal que le precedió. Según el art. 270 del citado Proyecto -donde recogía la causa de exclusión de la pena-, <<están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuviesen separados o en proceso de divorcio y, “si viviesen juntos”, los ascendientes, descendientes, afines o adoptivos, o hermanos (...)>>. Como puede comprobarse, el hecho de anteponer la exigencia de convivencia a la enumeración de los sujetos beneficiados por la causa de exclusión de la pena deja claro que <<todos>> han de convivir con el sujeto pasivo del delito cometido para aplicar la exención de la pena.

¹¹⁰¹ Vid. **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “Hermanos, pero no <<primos>>. Los delitos patrimoniales y el alcance de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal. Una crítica a la doctrina del Tribunal Supremo”, en *La Ley*, nº 5318, 2001, pp. 1551 y 1552. Asimismo se manifiesta **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 75.

¹¹⁰² En la misma línea se sitúa la SAP de Sevilla de 6 de noviembre de 1998, según la cual el requisito de convivencia sólo se exige sólo en caso de que la relación de parentesco sea la de sujetos afines en primer grado -v.gr. los suegros-. En la doctrina puede verse **GARCÍA PÉREZ, O.**, *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona 1997, p. 115.

XV. La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes.

Ante todo ha de aclararse que, como apunta el título del epígrafe, lo que ahora se pretende abordar es el concepto de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes. Y, aunque *prima facie* pueda parecer una obviedad, lo cierto es que conviene diferenciar este concepto de la responsabilidad civil derivada <<*ex delicto*>> de la que se ocupa el art. 258 del CP. En ese sentido, ha de advertirse de que en éste último lo que se pretende impagar es la responsabilidad civil que se ha derivado de un delito distinto del alzamiento de bienes. El deudor es, en este caso específico, un sujeto obligado por sentencia judicial al pago de la deuda correspondiente a la responsabilidad civil que se ha generado por la comisión de un delito. Basta imaginarse, por ejemplo, la indemnización por daños que procede de la comisión de un robo con fuerza en las cosas. El presunto autor, ante la perspectiva de ser condenado por el juez penal, provoca la insolvencia, de forma tal que una vez dictada la sentencia condenatoria la deuda resultante no podrá saldarse¹¹⁰³.

Diferente de este caso es la responsabilidad civil que se deriva del propio alzamiento de bienes. Los jueces penales pueden resolver no sólo sobre la responsabilidad penal del inculcado, sino también decidir sobre las pretensiones de contenido patrimonial que guardan una determinada relación con el delito que se enjuicia¹¹⁰⁴. Dichas pretensiones patrimoniales tienen como fundamento el daño causado por la conducta penalmente antijurídica¹¹⁰⁵.

Según el dictado del art. 116. 1º del CP, el responsable penal de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho penalmente relevante se derivan daños o perjuicios. Es, por tanto, necesario que se cause un daño o perjuicio como consecuencia de la conducta delictiva. No obstante lo dicho y para evitar equívocos, no debe confundirse el daño o perjuicio que el tipo requiere para la consumación del delito con el daño objeto de la responsabilidad civil. Ambos conceptos no tienen por qué coincidir, ya que,

¹¹⁰³ Vid. extensamente *infra*. el epígrafe III del Capítulo Quinto.

¹¹⁰⁴ Vid. **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona 2001, p. 2.

¹¹⁰⁵ Vid. **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”, cit., p. 2.

bien por el contrario, puede darse el último sin que se requiera el primero¹¹⁰⁶. De no diferenciarse entre ambos, no podría hablarse de responsabilidad civil derivada del delito en los tipos penales que no requiriesen el perjuicio para su perfección. Sólo partiendo de esta base, se puede aceptar que los delitos de peligro, los tipos de actividad o la tentativa de delitos generen responsabilidades civiles¹¹⁰⁷. Así, por ejemplo, quienes sostienen que el delito de alzamiento de bienes es un delito de peligro no podrían plantearse la posibilidad de pedir responsabilidades civiles por la comisión de éste, toda vez que el perjuicio no es un elemento objetivo del delito¹¹⁰⁸.

Más allá de estas consideraciones, la jurisprudencia y doctrina dominantes entienden que la responsabilidad civil derivada de la comisión de este delito puede consistir bien en la restitución de los bienes y derechos del deudor para que el acreedor pueda perseguirlos, bien en el pago de un importe equivalente al perjuicio derivado de la maquinación integradora del delito de alzamiento¹¹⁰⁹.

Comenzando por la restitución de los bienes, ha de señalarse que este concepto presenta grandes similitudes con la anteriormente estudiada <<acción pauliana>>¹¹¹⁰. En ambos casos se produce un reintegro de los bienes y derechos, pero nunca un pago directo al acreedor por el importe defraudado. Si se parte de que en ambos supuestos es necesaria la insolvencia

¹¹⁰⁶ Vid. **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”, cit., p. 3.

¹¹⁰⁷ Vid. **BUSTO LAGO, J-M.**, “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, F., (Coord), Aranzadi, Elcano 2002, p. 136.

¹¹⁰⁸ Así parece entenderlo **MESTRE DELGADO, E.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 326, para quien no *responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, F., (Coord), Aranzadi, Elcano 2002, p. 136.

¹¹⁰⁸ En este sentido véase **MESTRE DELGADO**, para quien no puede hablarse de responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes por este motivo. Sí admite, no obstante, el restablecimiento de la situación jurídica anterior y la indemnización por los daños causados a terceros de buena fe. Vid. **MESTRE DELGADO, E.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 326.

¹¹⁰⁹ Vid. **VAELLO ESQUERDO, E.**, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante 2006, pp. 159 y 160, **YZQUIERDO TOLSADA, M.**, “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, cit., p. 281, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 138 o en la jurisprudencia la STS de 15 de febrero de 1995, **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 101.

¹¹¹⁰ Así lo sostiene también **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., pp. 138 y 142.

para la intervención de los jueces y la restitución de los bienes, las similitudes están claras. En cierto modo puede afirmarse que el legislador ha tipificado una especie de <<acción pauliana penal>>¹¹¹¹.

Se compartan o no estas consideraciones, no cabe duda de que la finalidad perseguida con la restitución de los bienes es, como se dice en la STS de 1 de julio de 1991, restablecer el orden jurídico perturbado por la infracción. Los tribunales de justicia recurren generalmente a la declaración de la nulidad del negocio fraudulento - v.gr. nulidad de las donaciones suscritas en documento público- como forma de restablecimiento de este orden jurídico perturbado¹¹¹². La anulación debe ir seguida además de la satisfacción del crédito a costa del patrimonio del deudor. No basta por tanto la mera declaración de nulidad pues ésta sería únicamente el medio o instrumento a través del cual se puede recuperar el orden jurídico alterado. Si la voluntad del juez penal es restablecer ese orden, la sentencia no sólo ha de imponer la anulación, sino también garantizar la ejecución del crédito¹¹¹³.

Este restablecimiento del orden perdido puede afectar a terceros, ya que los bienes que se reintegren al patrimonio del deudor pueden estar en poder de éstos. En tales casos habrá que atenerse a lo dispuesto en el art. 111 del CP. Según el primer apartado del citado artículo la restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de un tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe. A renglón seguido, sin embargo, se especifica que dicha disposición no será aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerlo irreivindicable. Cuando los bienes objeto de restitución sean muebles la doctrina mayoritaria opina que deberían aplicarse los arts. 464 del C.c y 85, 86, 324 y 545 del C.co¹¹¹⁴. El primero de los preceptos citados aborda lo que

¹¹¹¹ Cfr. **YZQUIERDO TOLSADA, M.**, “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, cit., p. 280 y **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 138.

¹¹¹² Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 101, **QUERALT JIMÉNEZ, J-J.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 706, **REY GONZÁLEZ, C.**, “El delito de alzamiento de bienes en el Código Penal vigente”, cit., p. 761 o **ROBLEDO VILLAR, A.**, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 252. Puede verse además en la jurisprudencia la STS de 31 de octubre de 2006 o la STS de 7 de julio de 2006.

¹¹¹³ Vid. **RUIZ MARCO, F.**, *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., pp. 363 y 364.

¹¹¹⁴ Vid. **MAGRO SERVET, V.**, “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, cit., p. 228, **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 103, **YÁÑEZ VELASCO, R.**, *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., p. 177, **CERES MONTES, J-F.**, “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 297, **MAZA MARTÍN, J-M.**, “Las

comúnmente se conoce como adquisiciones a <<*non domino*>> y establece que la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale a título.

Si los bienes fuesen inmuebles rigen el art. 34 de la Ley Hipotecaria, que regula la situación del tercero hipotecario¹¹¹⁵. Según licitada norma, cuando un tercero de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo. Se excluyen por tanto las transmisiones realizadas a título gratuito y aquellas en las que el tercero conocía la finalidad fraudulenta de la transmisión. Para poder privar al tercero de la cosa adquirida ha de probarse que participó en el fraude, aunque sea mínimamente¹¹¹⁶.

En segundo lugar, tal y como se ha dicho, la responsabilidad civil presenta una segunda vertiente, integrada por la indemnización de daños o perjuicios. Así, por ejemplo, la indemnización por daños y perjuicios puede precisamente derivarse de la imposibilidad de la restitución de los bienes que se encuentran en posesión de terceros de buena fe¹¹¹⁷. Sobre esta segunda manifestación de la responsabilidad civil se han suscitado posiciones encontradas en la doctrina, ya que no todos los autores otorgan el mismo contenido a esta indemnización.

Por lo general, la jurisprudencia y la doctrina dominantes excluyen el importe de la deuda burlada del concepto de responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes¹¹¹⁸. La exclusión se sostiene sobre la base de

insolvencias punibles”, cit., p. 307, **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 240 y **SOTO NIETO, F.**, “La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 2187.

¹¹¹⁵ Así sucedió en los casos resueltos en la SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2006 o la SAP de Lleida de 5 de mayo de 2005.

¹¹¹⁶ Vid. **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 142.

¹¹¹⁷ Vid. **MESTRE DELGADO, E.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 326 o **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A.**, (**Dir**), *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 682. En la jurisprudencia puede verse la SAP de Asturias de 21 de febrero de 2006 o la SAP de Madrid de 7 de abril de 2005.

¹¹¹⁸ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 236, **REY GONZÁLEZ, C.**, “El delito de alzamiento de bienes en el Código Penal vigente”, cit., p. 761, **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 137, **MESTRE DELGADO, E.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 326, **YÁÑEZ VELASCO, R.**, *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., p. 176, **JORDANA DE POZAS, L.**, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 2857, **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 391, **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, en *Derecho penal español. Parte*

que esa obligación de pago es anterior a la comisión del delito y, en consecuencia, no puede catalogarse como responsabilidad derivada de la realización del tipo penal¹¹¹⁹. Así se sostiene por quienes no exigen para la consumación del delito la constatación del perjuicio, ya que si el alzamiento de bienes se perfecciona antes de ese momento, es claro que ese daño no se deriva del delito, sino que se trata de un crédito extrapenal¹¹²⁰. Sólo se admite su inclusión como parte de la responsabilidad civil cuando dicho perjuicio quede probado en la causa criminal, lo que implica a la vez que la deuda esté vencida y sea exigible¹¹²¹. Por este mismo motivo, sí se incluiría en el concepto de responsabilidad civil los intereses de demora derivados del retraso en el cobro de la deuda¹¹²².

Esta inclusión excepcional no es tal si se parte de la tesis en este trabajo asumida, según la cual para la consumación del delito es requisito indispensable que el crédito burlado esté vencido y sea exigible. Quienes mantienen la necesidad del perjuicio han de reconocer que, como tal perjuicio ocasionado al acreedor, éste tiene derecho a que se le indemnice por él¹¹²³. Al mismo tiempo, y como expone RUIZ MARCO, ha de tenerse presente la función principal atribuida a la responsabilidad civil. A su juicio, si lo que se pretende es resarcir a la víctima por las consecuencias económicas negativas producidas por el delito, y entre éstas destaca la imposibilidad de realizar un determinado derecho, parece razonable que su importe se incluya, como concepto fundamental, en la cantidad correspondiente a la indemnización. Así

Especial (2005), cit., p. 551, **ALONSO, J-M.**, “Las insolvencias punibles”, cit., p. 315, **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 31 o **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 83. En la jurisprudencia puede verse como ejemplos la STS de 26 de octubre de 2006, la STS de 12 de julio de 1996, la STSJ de Cataluña de 3 de enero de 2005 o, entre las resoluciones de los tribunales menores, la SAP de Barcelona de 16 de febrero de 2006, la SAP de Girona de 29 de abril de 2005 o la SAP de Valladolid de 10 de marzo de 2005.

¹¹¹⁹ Vid. **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 240 o **SOTO NIETO, F.**, “La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 2187.

¹¹²⁰ Vid. **GONZALEZ RUS, J-J.**, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 174.

¹¹²¹ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 101, **RAMOS RUBIO, C.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., p. 35 o **SOTO NIETO, F.**, “La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 2188. En la jurisprudencia puede verse la STS de 14 de julio de 1986.

¹¹²² Vid. **REY GONZÁLEZ, C.**, “El delito de alzamiento de bienes en el Código Penal vigente”, cit., p. 762.

¹¹²³ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 76 o **RUIZ MARCO, F.**, *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., p. 362.

pues, el importe del crédito impagado aparece configurado como la manifestación cuantitativa del perjuicio económico ocasionado por el hecho delictivo¹¹²⁴.

Por su parte, y sin necesidad de decantarse por una u otra postura, MIR PUIG/ GALLEGO SOLER apuntan que, vencida o no la deuda, lo cierto es que la provocación de la insolvencia conlleva un perjuicio específico diferente del incumplimiento de la obligación contraída. Se refieren los autores a la pérdida del valor económico del crédito que se deriva de la imposibilidad de su realización. Dicho daño económico puede incluso ser superior al propio importe de la obligación debida¹¹²⁵.

Se participe de una u otra opción, lo que siempre ha de incluirse en el concepto de indemnización son, entre otros conceptos, los intereses de demora, los recargos y sanciones correspondientes -v.gr. los generados por el impago de tributos-¹¹²⁶.

Por lo que respecta a los obligados al pago, ha de señalarse que dicha responsabilidad civil se le impone al deudor, pues no en vano es el autor del delito. Si el autor del delito fuese un administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, ha de añadirse además la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica en cuyo nombre actuó el administrador o los administradores - art. 120. 3º del CP-. A su vez, pueden responder también los partícipes del delito, bien como obligados al pago, bien como sujetos que deben restituir los bienes que han adquirido fraudulentamente¹¹²⁷. Piénsese por ejemplo en la esposa que por capitulaciones matrimoniales ha recibido bienes del marido.

Finalmente, ha de advertirse de que la obligación de pago de la responsabilidad civil derivada del ilícito no desaparece aun cuando se excluya la punibilidad del hecho mediante la aplicación de la causa de exclusión de a pena del art. 268 del CP. Salvo que medie renuncia o reserva de la acción civil por parte del perjudicado, la sentencia del juez penal debe contener un

¹¹²⁴ Vid. **RUIZ MARCO, F.**, *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., p. 363.

¹¹²⁵ Vid. **MIR PUIG, S./ GALLEGO SOLER, J-I.**, “Responsabilidad civil derivada de los alzamientos de bienes”, en *Dogmática y Derecho penal, Tomo II, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ ZUGALDÍA ESPINAR, J-M., (Coord), Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2004, p. 1085.

¹¹²⁶ Vid. **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A., (Dir)**, *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, cit., p. 692. En la jurisprudencia puede verse la STS de 9 de noviembre de 2006 o STS de 31 de octubre de 2006.

¹¹²⁷ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 237.

pronunciamiento sobre la responsabilidad civil, aun cuando la conducta que la originó sea impune¹¹²⁸. Por tanto, el juez penal puede no imponer la pena de prisión por un alzamiento de bienes -no violento ni intimidatorio- en el que el deudor y acreedor son hermanos, pero obligar al autor a restituir los bienes o a pagar los daños causados al sujeto pasivo.

XVI. Perseguibilidad.

La cuestión relativa a la perseguibilidad de los delitos de alzamiento de bienes ha sido otra de las materias que se han modificado con la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Según el novedoso apartado tercero del art. 257, el delito de alzamiento de bienes será perseguido aun cuando tras su comisión se inicie una ejecución concursal. En consecuencia, una vez que se haya iniciado un proceso penal por delito de alzamiento de bienes éste no podrá interrumpirse si paralelamente ha comenzado un procedimiento concursal para el tratamiento de la insolvencia¹¹²⁹.

La importancia de la introducción de este apartado tercero radica en la independencia que se logra así entre el proceso penal y el concursal. Antes de la existencia de esta previsión y durante la vigencia del Código Penal de 1944/1973, el hecho de que en sede civil se pusiese en marcha un procedimiento por quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores implicaba la paralización del proceso penal por alzamiento de bienes. La dependencia que se producía entre el alzamiento de bienes, el procedimiento concursal y el delito concursal provocaba generalmente la inaplicación del tipo penal de alzamiento de bienes. Por un lado, si tras el procedimiento de quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores se apreciaba la existencia de una conducta delictiva, el delito que se aplicaba era el delito concursal. De esta forma, el delito concursal tenía una *vis atractiva* y absorbía al tipo penal de alzamiento de bienes¹¹³⁰. Por el otro, si en el procedimiento civil por insolvencia no se llegaba a apreciar la concurrencia del delito concursal, el alzamiento quedaba impune. Puede concluirse, por tanto, que con la

¹¹²⁸ Vid. **BUSTO LAGO, J-M.**, “La responsabilidad civil en el proceso penal”, cit., p. 137.

¹¹²⁹ Vid. **MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 77.

¹¹³⁰ Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 196 o **JORDANA DE POZAS, L.**, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 2855.

introducción de la cláusula del art. 257. 3 del CP se evita, al menos teóricamente, el vaciamiento del delito y su injustificada inoperatividad.

La doctrina mayoritaria entiende acertada la opción adoptada por el legislador¹¹³¹, a pesar de que admite que en ocasiones puede tener efectos perturbadores. En opinión de MUÑOZ CONDE, los acreedores pueden utilizar esta posibilidad de iniciar juicios penales paralelos al procedimiento concursal como una medida de presión contra los deudores. No obstante, el autor se inclina por asumir esta posibilidad y no sólo por las ventajas que según se ha apuntado aporta el art. 257. 3 del CP. A su juicio, la independencia de los procedimientos civil y penal impide que se cree una especie de privilegio injustificado para el deudor o <<derecho de asilo en la jurisdicción civil>>¹¹³². La independencia evita que el deudor utilice el procedimiento concursal para paralizar los procedimientos penales.

Con todo, y pese a esta previsión, la práctica pone de manifiesto que las conductas constitutivas de delito de alzamiento de bienes no suelen ser perseguidas. El motivo principal de esta ausencia de reacción penal es el hecho de que los acreedores suelen considerarse satisfechos con los resultados obtenidos en el procedimiento civil. Cuando el acreedor consigue el cobro de su crédito a través de los mecanismos civiles, no suele interponer la querrela dirigida a la persecución de la acción delictiva del deudor. La inactividad del acreedor, unida a la dificultad de que estas conductas lleguen a conocimiento de las autoridades públicas, contribuyen a la generalizada impunidad de estas acciones.

Al mismo tiempo, esta realidad pone de manifiesto que, a pesar de que el delito de alzamiento de bienes es calificado como un delito público, dicha calificación es cierta sólo desde una perspectiva teórica. Si el acreedor no acude a la jurisdicción penal, lo más probable es que la comisión de los hechos delictivos nunca llegue a conocerse por los órganos penales. Por este motivo, la doctrina ha llegado a afirmar que, pese a la teórica naturaleza pública del delito de alzamiento de bienes, se trata en realidad de un delito perseguible a instancia de parte¹¹³³. La actuación del sujeto pasivo parece entonces

¹¹³¹ Se inclina por la paralización y critica la decisión del legislador **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., pp. 119 y 121. Para el autor, lo conveniente sería paralizar el procedimiento tras la instrucción hasta comprobar que la aplicación del delito concursal no es viable. Sólo entonces debería reanudarse el proceso penal por alzamiento de bienes y seguir su curso normal.

¹¹³² Vid. **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 197.

¹¹³³ Vid. **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 392 o **MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 78.

indispensable¹¹³⁴. Esta afirmación se apoya, además, en el hecho de que el delito recogido en el art. 260 del CP opera igualmente en la práctica como un delito privado. También en este caso es necesaria la puesta en marcha del acreedor del procedimiento concursal, ya que para su persecución es preceptiva la declaración del concurso en sede civil. En este tipo penal si el acreedor no activa el procedimiento, lo más probable es que la conducta delictiva no se persiga.

Más allá de estas consideraciones, lo cierto es que lo que el legislador quiso en su momento fue desconectar el proceso civil del procedimiento penal. Desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal es posible que paralelamente se desarrollen ambos procedimientos sin que ninguno de ellos tenga por qué paralizarse. Puede ocurrir entonces que se condene al deudor por un delito de alzamiento de bienes y que, tras la finalización del procedimiento concursal, se aprecien indicios de delito concursal. En tal supuesto, no sería posible aplicar el concurso de delitos cuando los hechos son los mismos¹¹³⁵. En este caso podría acudir-se a la excepción de cosa juzgada del art. 666 de la LECr para no vulnerar el principio <<*ne bis in idem*>>¹¹³⁶.

Sobre este último aspecto, autores como VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC opinan que el concurso no es posible, pero la argumentación dada es diferente y la salvaguarda del principio <<*ne bis in idem*>> se lograría por una vía diferente. A juicio de ambos autores, el delito que debería de aplicarse en estos casos sería el más grave, es decir, el delito concursal. Este último como delito de lesión absorbería al tipo de peligro, esto es, el delito de alzamiento de bienes¹¹³⁷. Se comparta o no esta caracterización de ambos tipos, lo cierto es que su argumentación solamente es válida cuando

¹¹³⁴ Este carácter indispensable de la actuación de acreedor fue utilizado en su momento para criticar la tesis de quienes parten de la concepción supraindividual del delito de alzamiento de bienes. Como se expuso entonces, el carácter supraindividual del bien jurídico parece incompatible con la necesidad práctica de la actuación del sujeto pasivo del delito para la persecución del delito. Vid. el epígrafe II. 1. b) de Capítulo Segundo.

¹¹³⁵ Vid. CERES MONTES, J-F., “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 290 o SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J-L., “Quiebra, concurso o suspensión de pagos mediante el alzamiento de bienes”, cit., p. 671.

¹¹³⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 198, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 78, ALONSO, J-M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 314 u OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 121.

¹¹³⁷ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 104.

todavía no ha recaído sentencia penal en el procedimiento por delito de alzamiento de bienes. Sólo entonces podría operar el principio de absorción del delito menos grave. A la vez, y para evitar esfuerzos inútiles, lo conveniente sería paralizar el procedimiento penal y esperar a la finalización del concurso. En caso de que el juez penal condene por delito de alzamiento de bienes no parece procedente pretender la absorción, pues se trataría efectivamente de un supuesto de <<cosa juzgada>>.

CAPÍTULO QUINTO

LOS TIPOS ESPECÍFICOS DE ALZAMIENTO DE BIENES

I. La tipificación de los tipos especiales de alzamiento de bienes y los elementos comunes con el tipo básico.

Como ya se dijo en páginas anteriores, una de las novedades introducidas por el legislador de 1995 es la ampliación de los delitos de insolvencia punible. Dicha ampliación ha supuesto la incorporación al Código Penal de tipos específicos de alzamiento de bienes. Así, en los artículos 257. 1. 2º y 258 del CP se tipifican dos conductas constitutivas de alzamiento de bienes, similares en gran medida al tipo básico, pero autónomas.

Concretamente, los citados artículos establecen que:

Art. 257. 1. 2º del CP:

<<Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación>.

Art. 258 del CP:

<<El 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, realice actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses>>.

Al tratarse de tipos específicos, es posible hablar de ciertos elementos o aspectos comunes entre estos delitos y el tipo básico de alzamiento de bienes. En este sentido, han de darse por reproducidas las afirmaciones anteriormente

realizadas sobre el bien jurídico protegido, la existencia de la deuda, la conducta típica, la insolvencia, el objeto material, la exclusión de la pena, la perseguibilidad, la autoría y la participación.

A los efectos que ahora interesa, baste recordar que también en estos tipos específicos el bien jurídico protegido es el <<derecho de crédito>> que asiste a los acreedores. A su vez, la existencia de una deuda y la provocación de la insolvencia son preceptivas. Respecto del art. 257.1.2º del CP, las consideraciones realizadas en su momento acerca del tipo subjetivo tampoco varían, ya que se trata de delitos dolosos en los que no cabe la comisión por imprudencia¹¹³⁸. En relación con la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo adicional al dolo, ha de indicarse que, como se analizará seguidamente el hecho de que el art. 257. 1. 2º del CP haga referencia a la consecución de un <<fin>> concreto no obliga a la lectura de dicho elemento en clave subjetivista. Así pues, el único delito de alzamiento de bienes que presenta un elemento subjetivo del tipo es el art. 258 del CP, cuando se refiere a la finalidad del sujeto activo de <<eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles>> dimanantes de un hecho delictivo. Esta última cuestión, así como el análisis de conceptos como procedimiento de embargo, ejecutivo y apremio o responsabilidad civil <<ex delicto>>, precisan ser examinados con detenimiento, pues precisamente de ellos se deriva la especialidad de estos dos tipos penales.

Más allá de estas consideraciones, y antes de iniciar el análisis concreto de ambas figuras, ha de recordarse también que en la doctrina no existe consenso respecto a la necesidad de su tipificación expresa¹¹³⁹. Se comparta o no el carácter superfluo de los tipos específicos, lo cierto es que el legislador los ha introducido y, de ahí, que su examen sea obligado en este trabajo.

¹¹³⁸ Vid. STS de 11 de octubre de 2004.

¹¹³⁹ Vid. como partidarios del carácter superfluo de la tipificación expresa **GONZÁLEZ RUS, J.-J.**, en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., pp. 551 y 552, **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 392, **JORDANA DE POZAS, L.**, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 2853, **RODRÍGUEZ MOURULLO, G.**, “Acerca de las insolvencias punibles”, cit., p. 1169 o **CERES MONTES, J.-F.**, “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 293. En contra **OCAÑA RODRIGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, cit., p. 34. En una posición intermedia puede verse **VIVES ANTÓN, T.-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 113. Véase además en este trabajo el Capítulo introductorio.

II. Alzamiento de bienes para eludir la eficacia de un embargo, procedimiento ejecutivo o de apremio -art. 257.1. 2º-

II. 1 - Bien jurídico y contenido del injusto.

Nuevamente ha de partirse de la idea de que, mediante la introducción de este delito en el Código Penal, el legislador pretende proteger el derecho de cobro de los acreedores frente a maniobras realizadas por el deudor sobre su propio patrimonio. Concretamente, se trata de tutelar el derecho de crédito del acreedor que ya ha puesto en marcha un procedimiento de ejecución individual¹¹⁴⁰. Por ello, y como sucede con todos los delitos de alzamiento de bienes, el presupuesto básico del delito es el nacimiento de la deuda. Ése es el punto de partida desde el que se ha de perfilar la consumación del delito.

Ahora bien, si en el tipo básico de alzamiento de bienes la conducta delictiva se lleva a cabo antes de que la deuda venza, en el caso específico del art. 257.1. 2º la acción típica se realiza una vez que la obligación contraída vence. Las diferencias entre ambos delitos son por tanto fácilmente visibles. Como se recordará, en este trabajo se parte de la idea de que en el tipo básico de alzamiento de bienes el nacimiento de la deuda determina el momento desde el cual la acción puede empezar a desarrollarse, mientras que el vencimiento de ésta implica la constatación del perjuicio, la lesión y el perfeccionamiento del delito. En cambio, en la nueva modalidad específica será tras el vencimiento de la deuda, y no antes, cuando la acción de ocultación de los bienes se efectúe por parte del sujeto activo.

Con todo, ha de precisarse que a esta conclusión se llega siempre que se comparta la tesis inicial de que en el tipo básico es el vencimiento de la deuda lo que precisa la consumación del delito. No obstante, si como hace la doctrina mayoritaria¹¹⁴¹, se parte de la premisa de que en el art. 257.1.1º del CP es la provocación de la insolvencia el hecho que fija la consumación y no el vencimiento, las diferencias antes apuntadas carecen de fundamento. La especialidad del delito del art. 257. 1. 2º vendría entonces dada únicamente por el hecho de que en este tipo específico la conducta de autoprovocación de la insolvencia se desarrolla en el marco de un procedimiento ejecutivo.

¹¹⁴⁰ Vid. NIETO MARTÍN, A., "Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal", cit., marg. 770.

¹¹⁴¹ Recuérdese lo expuesto en el epígrafe II. 1 del Capítulo Cuarto.

Por otro lado, y según se deriva del dictado literal del tipo penal, puede acontecer:

- que el ocultamiento de bienes por parte del deudor se realice una vez iniciado el procedimiento ejecutivo.
- que el ocultamiento de bienes por parte del deudor se realice antes del inicio del procedimiento ejecutivo, pero en previsión de que éste se inicie en breve.

En relación con esta segunda posibilidad, ha de indicarse que, una vez vencida la deuda y tras el correspondiente impago, lo normal será que se inicie un procedimiento a instancia del acreedor para compeler al deudor al pago. El hecho de que entre el vencimiento de la deuda y el inicio de dicho procedimiento medie un espacio de tiempo ha llevado al legislador a sancionar el alzamiento de bienes incluso antes de que se ponga en marcha este procedimiento. Dicha previsión no carece de lógica, pues el deudor es consciente de que el impago de la deuda lleva aparejada la reclamación de ésta a través de los procedimientos de ejecución. A partir de este convencimiento, el deudor puede anticiparse y ocultar los bienes para de este modo evitar el cumplimiento de la obligación debida o, al menos, dilatar y entorpecer el procedimiento de ejecución.

Por otro lado, ha de aclararse que la conducta descrita en el tipo penal presupone siempre la producción de la insolvencia. A este respecto la doctrina más autorizada entiende acertadamente que si no llega a provocarse el desbalance patrimonial, no puede decirse que la conducta sea constitutiva de un delito de alzamiento de bienes¹¹⁴². En contra de esta idea, autores como VAELO ESQUERDO optan por no exigir este elemento. Amparándose en la idea de que el tipo no lo impone y en que lo que se pretende con la tipificación de esta conducta es asegurar la eficacia de las medidas cautelares y de ejecución que en los procedimientos judiciales o administrativos se adoptan para garantizar la eficacia del derecho de crédito, la citada autora niega la necesidad de la concurrencia de la insolvencia¹¹⁴³. Así parece entenderlo

¹¹⁴² Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 113. Asimismo, SUÁREZ GÓNZALEZ, C-J., “Insolvencias punibles”, cit., p. 523, MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 81, HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 809 o LORENZO SALGADO, J-M., en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 83.

¹¹⁴³ Vid. VAELO ESQUERDO, E., “Consideraciones en torno al alzamiento de bienes”, cit., marg. 491. Asimismo, LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 136.

también CERES MONTES, para quien <<legislativamente basta el mero impedimento o la acción de dificultar dolosamente>>¹¹⁴⁴.

Frente a estas opiniones, lo cierto es que de no exigirse la insolvencia, el delito quedaría reducido a la tutela del funcionamiento del procedimiento ejecutivo y, en consecuencia, se desnaturalizaría esta figura de insolvencia¹¹⁴⁵. No se trata, por tanto, de un delito destinado a la protección de normas procesales sino que su cometido es proteger el derecho de crédito que asiste al acreedor.

Siguiendo el dictado del texto legal, una vez provocada la insolvencia, debe, como consecuencia de ésta, producirse una obstaculización del procedimiento o su frustración¹¹⁴⁶. Si así fuese, cosa que suele ser inevitable, puede decirse que el delito se ha consumado. Con su conducta, el deudor ha provocado un perjuicio al acreedor y el bien jurídico se ha lesionado. En el caso concreto del art. 257.1. 2º, el perjuicio viene representado por el hecho de que el acreedor no haya podido cobrar la deuda a debido tiempo, es decir, que el cobro se haya obstaculizado¹¹⁴⁷. Consecuentemente, el hecho de que posteriormente la ejecución se lleve a cabo con mayor o menor retraso no significa la inaplicación del delito. Al igual que sucedía con el tipo básico, el pago posterior no evita la consumación, ya que las repercusiones en el acervo patrimonial del acreedor ya se han producido¹¹⁴⁸.

De lo dicho hasta el momento puede concluirse que, por lo general, la provocación de la insolvencia suele desencadenar la obstaculización del procedimiento o su fracaso. Para la consumación del delito debe acreditarse que ambas hipótesis, obstaculización o fracaso, son la consecuencia directa de los actos de ocultación. Debe probarse, por tanto, el nexo de imputación objetiva entre el comportamiento del deudor y el resultado jurídico¹¹⁴⁹. A raíz

¹¹⁴⁴ Cfr. **CERES MONTES, J-F.**, “La insolvencia punible”, cit., p. 1183. En el mismo sentido puede verse **RAMOS RUBIO, C.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., p. 27 o **ROBLEDO VILLAR, A.**, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 254.

¹¹⁴⁵ Vid. **MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 509, en nota al pie 91.

¹¹⁴⁶ Vid. en la jurisprudencia la STS de julio de 2002 o la STS de 30 de abril de 2001.

¹¹⁴⁷ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 810.

¹¹⁴⁸ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 809. En la jurisprudencia puede verse la STS de 13 de junio de 2002.

¹¹⁴⁹ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, “Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 10 de junio de 1999”, cit., marg. 207 y **QUERALT JIMÉNEZ, J-J.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 709.

de esta comprobación se constatará, además, que insolvencia y perjuicio son coetáneos, ya que, provocada la insolvencia, se obstaculiza inexorablemente el procedimiento¹¹⁵⁰. Ahora bien, una cosa es que sean resultados coetáneos y otra que tengan los mismos efectos. Es decir, aunque ambos hechos pueden producirse al mismo tiempo, lo que determina la consumación del delito es el perjuicio y no la insolvencia, tal y como propone, por ejemplo, SUÁREZ GONZÁLEZ¹¹⁵¹.

El análisis hasta el momento expuesto se adapta a los supuestos en los que el procedimiento de ejecución ya se ha iniciado, de forma que es perfectamente posible comprobar los efectos que la provocación de la insolvencia ha tenido sobre el funcionamiento del procedimiento. El problema, no obstante, se plantea en el caso de que el procedimiento todavía no se haya iniciado. Es evidente que, de no haberse iniciado el procedimiento, no puede en modo alguno comprobarse la dilatación de éste, y mucho menos su frustración. Para solventar este inconveniente, lo más oportuno será entender que, cuando el legislador hace referencia a la <<previsible iniciación>> del procedimiento, está pensando en los casos en los que los actos de ocultación se llevan a cabo antes de la puesta en marcha del proceso y, claro está, después del vencimiento de la deuda¹¹⁵². Y es que precisamente será el vencimiento de la obligación contraída e impagada lo que permita prever que el acreedor instará el procedimiento ejecutivo¹¹⁵³. La hipótesis

¹¹⁵⁰ Vid. MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 508 y HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 810.

¹¹⁵¹ Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.-J., en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 523.

¹¹⁵² Vid. MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., pp. 506, 507 y 510. En este mismo sentido HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 809 y MAZA MARTÍN, J.-M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 298. En la jurisprudencia puede verse la STS de 15 de junio de 2006, STS de 28 de abril de 2005 y STS de 4 de marzo de 2005. Por su parte, en la STS de 30 de noviembre de 2001, el Alto Tribunal requiere expresamente la necesidad de que la deuda se encuentre vencida y sea exigible. En contra de esta opinión puede verse TERRADILLOS BASOCO, J.-M., “Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 10 de junio de 1999”, cit., marg. 205. Literalmente dice <<el art. 257. 1. 2º extiende la protección penal a quienes burlen los créditos aún no exigibles, ya que penden de un procedimiento no concluido>>. El argumento dado por el autor no puede aceptarse, pues el procedimiento no determina la exigibilidad del crédito, sino todo lo contrario. En este sentido, el procedimiento se inicia porque el crédito ha vencido y es exigible, pero el deudor no ha procedido a su cumplimiento. Es el vencimiento seguido del correspondiente incumplimiento lo que determina y justifica la puesta en marcha del proceso ejecutivo.

¹¹⁵³ Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, cit., p. 1831, <<previsible>> es un adjetivo que se define como <<que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales>>. Por su

ahora planteada implica la existencia de un intervalo de tiempo entre el vencimiento de la deuda y el inicio del procedimiento. Ahora bien, al igual que en los supuestos en los que la insolvencia se efectúa en el seno de un procedimiento ya iniciado, hasta que no se compruebe que la conducta del deudor ha causado el resultado típico de la obstaculización o fracaso del procedimiento, no puede predicarse la consumación del tipo penal¹¹⁵⁴. En consecuencia, el inicio del procedimiento pondrá de manifiesto el perjuicio causado al acreedor, que en ese momento verá dilatado o imposibilitado su derecho de cobro.

Más allá de estas consideraciones, el hecho de que se exija para la consumación de este delito el vencimiento de la deuda permite trazar los límites con el tipo básico y salir al paso de las críticas de un sector de la doctrina que entiende que era innecesaria la tipificación de este delito. En este sentido, mientras que en el art. 257. 1. 1º lo normal es que los actos de ocultación de los bienes se realicen entre el nacimiento de la deuda y su

parte, <<previsión>> es un sustantivo que equivale a <<acción y efecto de prever>>, o lo que es lo mismo, <<conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que va a suceder>>. En este caso concreto, lo que se conoce que va a acontecer es la iniciación del procedimiento ejecutivo y la señal o indicio lo constituye el vencimiento de la deuda. Todo deudor, con los conocimientos de un hombre medio, es consciente de que el hecho de no pagar voluntariamente irá precedido de la ejecución y cobro forzosos. Vid. en la doctrina, como partidario de la tesis sostenida en el texto principal, la opinión de **RODRÍGUEZ MOURULLO, G.**, “Acerca de las insolvencias punibles”, cit., p. 1167. Como argumenta el citado autor, <<son las deudas vencidas las únicas que pueden estar en trámite de ejecución o de previsible ejecución>>. En contra de esta opinión se manifiesta **NIETO MARTÍN, A.**, “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 767. Según el autor, en el tipo básico no es preciso el vencimiento y la exigibilidad de la deuda para la consumación del delito. EN este sentido afirma que <<para la comisión del delito de alzamiento no es preciso que la deuda sea exigible, pero como el tipo subjetivo requiere que el deudor se alce en perjuicio de sus acreedores. Esto último sólo sucede si para el autor el vencimiento o nacimiento y además la reclamación expresa eran previsibles>>. Y añade que <<este criterio de previsibilidad ha sido acogido en el nuevo delito de frustración de embargo donde se habla de procedimiento ejecutivo iniciado o de previsible iniciación>>. Por su parte, **QUINTERO OLIVARES** apunta que uno de los inconvenientes de incluir el concepto de la inminencia de la ejecución ha generado en la doctrina y jurisprudencia insatisfacción respecto del principio de certeza del derecho. Para resolver ese problema entiende que lo más aconsejable es optar por un criterio objetivo como, por ejemplo, establecer un término temporal entre el hecho y el momento del vencimiento de la obligación. Vid. **QUINTERO OLIVARES, G.**, “Las insolvencias punibles en el Derecho penal español”, cit., p. 512.

¹¹⁵⁴ Vid. **MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., pp. 81 y 82.

vencimiento, en el alzamiento específico ahora analizado la distracción de los bienes se lleva a cabo tras el vencimiento de la deuda¹¹⁵⁵.

En definitiva, teniendo presentes las consideraciones apuntadas, no existe motivo alguno para no interpretar también este tipo específico de alzamiento de bienes como un delito de lesión. En contra de la opinión dominante, que considera que este tipo penal se identifica como un delito de peligro¹¹⁵⁶, el delito del art. 257. 1. 2º ha de ser incluido en la categoría de los delitos de lesión. Así pues, vencida la deuda y una vez iniciado el procedimiento de ejecución, puede ya fijarse el perjuicio, la consecuente lesión del bien jurídico y, derivada de ella, la consumación del delito.

II. 2 - El presupuesto: El embargo, procedimiento ejecutivo o de apremio.

La principal peculiaridad que caracteriza a este delito es que el ámbito del tipo presupone un embargo, un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo¹¹⁵⁷. La voluntad del legislador consiste en sancionar penalmente a quienes provoquen su insolvencia en un determinado contexto, delimitando de esta forma la aplicación del tipo en relación con la figura básica. Conviene, por lo tanto, concretar este concepto.

El término ejecución se define como la actuación para llevar a la práctica, para implantar en la realidad social, aquello que es conforme a Derecho¹¹⁵⁸. Según las normas procesales españolas, todo procedimiento de ejecución está dirigido a la realización de las prestaciones reconocidas en títulos ejecutivos, pues rige en todo caso el principio <<*nulla executio sine titulo*>>. Los títulos ejecutivos que permiten iniciar un procedimiento ejecutivo pueden ser judiciales o extrajudiciales. Así, por ejemplo, una sentencia de condena firme constituye un título ejecutivo judicial, mientras que las escrituras públicas, los títulos nominativos y al portador o los actos

¹¹⁵⁵ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 809.

¹¹⁵⁶ Vid. **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 105 y 114 y **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., p. 553.

¹¹⁵⁷ Cfr. **MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 79 y véase en la jurisprudencia la STS de 5 de julio de 2005.

¹¹⁵⁸ Vid. **ORTELLS RAMOS, M.**, en *Derecho Procesal Civil*, ORTELLS RAMOS, M., (Dir), Aranzadi, Cizur Menor 2007, p. 673.

administrativos que contengan una obligación son considerados títulos ejecutivos no judiciales¹¹⁵⁹. Además de la comprobación de la existencia del título ejecutivo, ha de constatarse la falta de un cumplimiento voluntario por parte de los sujetos obligados a cumplir lo establecido en el título ejecutivo judicial o extrajudicial. Una vez confirmada la concurrencia de ambas circunstancias, la ejecución forzosa puede llevarse a cabo por los órganos jurisdiccionales o por la propia Administración del Estado en el supuesto que se pretenda ejecutar el contenido de los actos administrativos.

Como se apuntó con anterioridad, las obligaciones que un sujeto puede asumir consistirán en un dar, hacer o no hacer¹¹⁶⁰. Por lo tanto, el procedimiento de ejecución pretenderá alcanzar el mismo fin. Si el deudor debe una cantidad de dinero y no procede a su pago voluntario, se practicará el embargo de sus bienes. Si la prestación implica un hacer o no hacer, ésta se ejecutará a costa del deudor. Sólo si no es posible asegurar el cumplimiento en los términos pactados, éste se sustituirá por su equivalente pecuniario.

Por lo general, los procedimientos ejecutivos tienen como finalidad la obtención de una cantidad de dinero, bien porque en eso consiste la prestación, bien porque ésta se sustituye por su equivalente. Para el cobro de lo debido se presentará una demanda ejecutiva, habrá un despacho ejecutivo, un requerimiento de pago, un embargo, la realización de los bienes y el pago final al ejecutante.

Siguiendo a ORTELLS RAMOS, <<el embargo puede conceptuarse como el acto del juez por el cual son afectados a la ejecución bienes concretos del ejecutado, y que tiene unos efectos específicos, entre los que cabe destacar el de posibilitar la realización forzosa de esos bienes y el de conferir al ejecutante una preferencia de cobro sobre el producto de esos bienes>>¹¹⁶¹. Así pues, el embargo -preventivo o no- consiste en la afección o vinculación de bienes concretos del ejecutado para su ejecución y posterior pago al acreedor-art. 584 y ss LEC-. Si lo embargado es ya una cantidad de dinero -v. gr. embargo de cuenta corriente-, se procederá al pago. Si lo que se traba son bienes, ha de efectuarse su conversión en dinero. Dicha conversión se realiza mediante el procedimiento de apremio -art. 634 y ss de la LEC-. Así, los

¹¹⁵⁹ Vid. **PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J./ SEOANE SPIEGELBERG, J-L.**, *Derecho Procesal Civil*, Tórculo, Santiago de Compostela 2006, pp. 251, 255 y 256. Véase también **GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T-R.**, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Cizur Menor 2006, p. 784.

¹¹⁶⁰ Vid. *supra*. en el epígrafe VI. 1-a) del Capítulo Cuarto.

¹¹⁶¹ Cfr. **ORTELLS RAMOS, M.**, en *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 774.

bienes y derechos son valorados y luego subastados, vendidos o, incluso, entregados al ejecutante para que los administre, y con los rendimientos que produzcan, cobrar su deuda¹¹⁶².

El embargo de bienes y el procedimiento de apremio se prevén también en la Ley de Procedimiento Común Administrativo, como mecanismos destinados al cobro de las deudas contraídas con la Administración Pública - art. 97 de dicha Ley-. En virtud de la potestad de autotutela ejecutiva, cuando, por ejemplo, un deudor tributario no satisface el importe correspondiente a la exacción de su IRPF, la Administración puede dirigirse contra su patrimonio para satisfacer el crédito¹¹⁶³. Se trata, por tanto, de un procedimiento administrativo y no judicial, mediante el cual las diferentes Administraciones públicas ejecutan los actos administrativos que les otorga un derecho de crédito.

Cuando los bienes están hipotecados o pignorados, el acreedor tiene varias posibilidades ejecutivas. Dentro de las mismas se puede distinguir entre las procesales y las extraprocesales. La **posibilidad extraprocesal** consiste en acudir a un procedimiento ejecutivo extrajudicial, esto es, la venta extrajudicial del bien hipotecado. Las **posibilidades ejecutivas procesales** son a su vez dos, a saber, el proceso especial de ejecución hipotecaria y la ejecución dineraria ordinaria¹¹⁶⁴.

Respecto a la primera de las opciones, el procedimiento ejecutivo extraprocesal se basa en la venta del bien hipotecado por un notario -art. 129 de la LH y arts. 234 a 236 del RH-. Para que esto sea posible, ha de existir un acuerdo previo de las partes que establezca la venta notarial como medio de pago de la deuda. Además, tal y como se ha indicado, existe una segunda opción consistente en que el acreedor puede instar el procedimiento especial de ejecución hipotecaria ante el juzgado de Primera Instancia - art. 129 de la Ley Hipotecaria y arts. 681 y 682 de la LEC-. El resultado de este procedimiento es el mismo que en el proceso ordinario para cobro de deudas pecuniarias, es decir, se subasta el bien o se adjudica al ejecutante para que lo

¹¹⁶² Vid. **BONET NAVARRO, J./ MARTÍN PASTOR, J.**, en *Derecho Procesal Civil*, ORTELLS RAMOS, M., (Dir), Aranzadi, Cizur Menor 2007, pp. 797 y ss.

¹¹⁶³ Vid. sobre este procedimiento **GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T-R.**, *Curso de Derecho Administrativo I*, cit., pp. 794 y 795.

¹¹⁶⁴ Vid. **MARTÍN PASTOR, J.**, en *Derecho Procesal Civil*, ORTELLS RAMOS, M., (Dir), Aranzadi, Cizur Menor 2007, p. 832.

administre¹¹⁶⁵. En el tercer supuesto, el procedimiento ordinario es el ya examinado al inicio de este epígrafe.

Retomando el texto del art. 257. 1. 2º del CP, y teniendo presente lo explicado sobre las diferentes vías para la ejecución de obligaciones debidas, puede decirse que se ha expuesto un ejemplo de cada una de las hipótesis posibles. Según el art. 257. 1. 2º, se castiga al deudor que obstaculiza, dilata o impide con sus actos un embargo, procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial extrajudicial o administrativo. Así, el embargo o apremio obstaculizado o imposibilitado puede proceder de un mandato judicial para el cobro de una deuda impagada. Asimismo, la conducta delictiva del deudor puede afectar al procedimiento de apremio instado por la Administración pública para hacer efectivo el pago de un impuesto. Y, finalmente, puede impedir la ejecución de la venta notarial de un bien hipotecado, si lo que se ha pactado en relación con la ejecución es el procedimiento extrajudicial al que anteriormente se ha hecho referencia.

Ahora bien, ha de aclararse que quizás la dicción del texto del artículo 257. 1. 2º del CP puede resultar confusa. En un primer momento podría pensarse que el embargo, procedimiento ejecutivo o de apremio son tres conceptos diferentes, cosa que no es cierta por los siguientes motivos. Como se apuntó, en las ejecuciones judiciales se ordena por el juez el embargo de bienes y posteriormente mediante el apremio se produce la conversión en dinero para efectuar el pago. Por lo tanto, embargo y apremio son fases del procedimiento judicial de ejecución¹¹⁶⁶. De la misma forma se procede cuando se trata de ejecutar actos administrativos. Así pues, el embargo y el apremio tampoco son conceptos diferentes del procedimiento ejecutivo administrativo, sino partes del mismo. Por ello, habría sido más lógico que el legislador se hubiese referido a la obstaculización, dilatación o fracaso de un procedimiento ejecutivo judicial, extrajudicial o administrativo. El legislador ha preferido, no obstante, especificar dentro del procedimiento ejecutivo la concreta fase a la que afecta la provocación de la insolvencia. Y, a la vez, ha tenido que añadir el término <<procedimiento ejecutivo>> para dar cabida a procedimientos como el de ejecución por venta notarial, que habrían quedado fuera de los conceptos de embargo y apremio.

Finalmente, el procedimiento puede haberse iniciado ya o ser de <<previsible iniciación>>. A este respecto, ya se explicó que dicha previsión

¹¹⁶⁵ Vid. más extensamente **MARTÍN PASTOR, J.**, en *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 840 y ss.

¹¹⁶⁶ Vid. **ORTELLS RAMOS, M.**, en *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 773.

implica el vencimiento de la deuda, pues sólo entonces puede afirmarse que existe una certeza de que el procedimiento se va a iniciar¹¹⁶⁷. Y este dato es, como se dijo, el que permite diferenciar a este delito de la figura delictiva básica, pues en este caso los actos conducentes a la insolvencia se efectúan tras el vencimiento de la deuda y no antes.

II. 3- La conducta típica.

Según el texto del art. 257. 1. 2º, el comportamiento típico consiste en la realización de <<cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones>> que conlleve la obstaculización o fracaso del procedimiento ejecutivo. Se trata por lo tanto de la misma conducta sancionada en el tipo básico, es decir, el deudor actúa sobre sus propios bienes para provocar su insolvencia. Únicamente queda excluida de este tipo específico la acción consistente en la destrucción de los bienes, pues ello no implica ni la realización de un acto de disposición patrimonial, ni generador de obligaciones¹¹⁶⁸.

Así pues, el deudor puede realizar actos de disposición patrimonial como compraventas, permutas, donaciones, cesiones, etc. Y puede también contraer obligaciones mediante, por ejemplo, reconocimiento de deudas, suscripción de préstamos o hipotecas¹¹⁶⁹. Y, a pesar de las críticas que se han vertido sobre la necesidad de este precepto, lo cierto es que gran parte de los supuestos que se enjuician en los tribunales encajan en este tipo penal¹¹⁷⁰.

Al igual que sucede en la figura básica, el deudor oculta sus bienes y causa su insolvencia para, en este tipo concreto, dilatar, obstaculizar o impedir el procedimiento ejecutivo que recae o recaerá sobre ellos. Y sobre este último aspecto ha de matizarse, como hace MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que no

¹¹⁶⁷ Vid. *supra*. el epígrafe anterior. Asimismo, véase en la doctrina **MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 506 o **RODRÍGUEZ MOURULLO, G.**, “Acerca de las insolvencias punibles”, cit., p. 1167.

¹¹⁶⁸ Vid. **VAELLO ESQUERDO, E.**, “Consideraciones en torno al alzamiento de bienes”, cit., marg. 489.

¹¹⁶⁹ Vid. **MESTRE DELGADO, E.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 321.

¹¹⁷⁰ Vid. STS de 4 de mayo de 2007, STS de 3 de octubre de 2006, STS de 15 de junio de 2006, STS de 3 de abril de 2006, STS de 20 de julio de 2004, STS de 1 de octubre de 2003, STS de 30 de diciembre de 2002, STS de 23 de septiembre de 2002, STS de 8 de julio de 2002, STS de 15 de abril de 2002, STS de 22 de marzo de 2002, STS de 30 de noviembre de 2001, STS de 23 de julio de 2001 o la STS de 14 de noviembre de 2000.

parece muy adecuado diferenciar verbos alternativos como <<dificultar>> y <<dilatar>>. Tal y como se ha diseñado el tipo penal, la provocación de la insolvencia implica siempre un retraso del proceso y, por ello, su obstaculización. En otras palabras, lo que consigue el deudor con su conducta es el alargamiento injustificado del procedimiento y, por tanto, la forma de obstaculizarlo será produciendo dilaciones¹¹⁷¹. Bastaría entonces con hacer únicamente mención a uno de los verbos para expresar la conducta sancionable.

Por otro lado, y como se expuso en el Capítulo Cuarto¹¹⁷², una de las formas de obstaculizar el procedimiento es el favorecimiento de acreedores. En el caso de que frente a un deudor insolvente se haya iniciado un procedimiento ejecutivo y éste obvie la preferencia de pago establecida habrá delito de alzamiento de bienes. Y lo habrá aun cuando con el bien o derecho sustraído al procedimiento ejecutivo se pague a un acreedor legítimo. Como se explicó con anterioridad, lo importante es que exista un orden de pago establecido y un constreñimiento jurídico con relación al pago de la deuda. Por ello, el favorecimiento de acreedores encajará en el tipo del art. 257. 1. 2º sólo si el procedimiento ejecutivo ya se haya iniciado. Si el deudor simplemente contempla como previsible su iniciación, no puede decirse que su comportamiento constituya delito alguno. Ante la previsión no existe todavía orden establecido para el pago.

II. 4- El tipo subjetivo.

Nuevamente, la doctrina mayoritaria entiende que este tipo específico es un delito doloso, que requiere además la constatación de un elemento subjetivo del tipo. Este último consistiría, otra vez, en el ánimo de perjudicar al acreedor¹¹⁷³. La identidad del *animus* específico viene determinada por el texto del artículo, pues según su dictado el deudor debe actuar <<con el mismo fin>>¹¹⁷⁴. De este dato se deriva la opinión de la doctrina dominante,

¹¹⁷¹ Vid. MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 510.

¹¹⁷² Vid. *supra*. el epígrafe VI. 3 del Capítulo Cuarto.

¹¹⁷³ Vid. MESTRE DELGADO, E., en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 323, QUERALT JIMÉNEZ, J-J., *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 707, RAMOS RUBIO, C., “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., p. 34 o SOTO NIETO, F., “Alzamiento de bienes. Aspectos varios de su dinámica delictiva”, cit., p. 1777.

¹¹⁷⁴ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 111 y 114, MUÑOZ CUESTA, J., “Posturas jurisprudenciales divergentes sobre el

según la cual no se exige la causación del perjuicio para la consumación del delito, sino que éste se encuadra en la fase de agotamiento del delito¹¹⁷⁵.

Frente a esta opinión, y al igual que acontece con el tipo básico, no es obligada la lectura en clave subjetiva del término <<con el mismo fin>>. Por las mismas razones que se comentaron en el Capítulo Cuarto, su interpretación como un elemento objetivo es posible y aconsejable¹¹⁷⁶. En este tipo específico el perjuicio ha de entenderse como el retraso en el cobro de la deuda como consecuencia de la dilatación del procedimiento o, incluso, la falta de cobro por frustración de la ejecución.

II. 5- El *iter criminis*.

Como ya se expuso al inicio de este epígrafe, puede decirse que el vencimiento de la deuda equivale al instante desde el que puede empezar a ejecutarse el delito, de la misma forma que en el tipo básico de alzamiento de bienes ese momento viene determinado por el nacimiento de la deuda. Correlativamente, puede además deducirse que los actos de ocultación y la sobrevenida insolvencia provocada antes de la apertura del procedimiento ejecutivo se configuran como forma imperfecta de la ejecución, esto es, como tentativa del delito¹¹⁷⁷.

Esta posibilidad resulta viable desde el instante en el que el legislador incluye en la dicción del precepto el término <<previsible iniciación>>. Durante el período intermedio entre el vencimiento de la deuda y la apertura del procedimiento, el deudor puede llevar a cabo maniobras de ocultación y distracción de los activos de su patrimonio y ser descubierto en ese momento. De ser así, y comprobándose la concurrencia del dolo, la conducta puede reputarse como constitutiva del delito de alzamiento en grado de tentativa. En este sentido, el deudor, movido por la convicción de que en breve el acreedor pretenderá la ejecución de la deuda por medios procesales, actúa sobre su

alzamiento de bienes previsto en el art. 257.1.2º del Código Penal”, cit., p. 17 o **MESTRE DELGADO, E.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 323.

¹¹⁷⁵ Vid. **SOTO NIETO, F.**, “Alzamiento de bienes. Aspectos varios de su dinámica delictiva”, cit., p. 1777 o **GONZÁLEZ PASTOR, C-P.**, “La insolvencia punible, modalidades previstas en el Código Penal de 1995, en la reforma del mismo y la incidencia en esta materia de la nueva Ley Concursal”, cit., p. 13.

¹¹⁷⁶ Vid. epígrafe II. 2 del Capítulo Cuarto.

¹¹⁷⁷ Vid. **MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 510.

propio patrimonio para provocar su insolvencia y lograr de este modo el fracaso del procedimiento o, al menos, conseguir su obstaculización.

III. Alzamiento para eludir la responsabilidad civil <<ex delicto>> -art. 258-

III. 1- Bien jurídico y contenido del injusto.

Poco puede añadirse a lo ya expuesto sobre el bien jurídico protegido en este delito. Al igual que las restantes figuras de alzamiento de bienes, lo que se tutela es el derecho de crédito que asiste al acreedor. La especialidad viene dada en este caso por el tipo de crédito que se protege. Concretamente, el tipo se ciñe a la protección de las obligaciones de pago derivadas de la comisión de un hecho delictivo¹¹⁷⁸. Si se recuerda lo anteriormente expuesto sobre las fuentes de las obligaciones, una de las formas por las que éstas pueden surgir es por la comisión de actos ilícitos¹¹⁷⁹.

Con todo, y frente a la opinión doctrinal mayoritaria, es posible encontrar posiciones discrepantes. Así, para QUERALT JIMÉNEZ, el interés tutelado sería la administración de justicia en su vertiente de sistema público de protección y asistencia de las víctimas de los delitos. A su juicio, estaría en juego la <<seriedad del sistema penal>>, a fin y fin de que las sentencias penales, en sus aspectos civiles, se cumplan con idéntica seriedad que los penales¹¹⁸⁰.

A tal razonamiento cabe oponer, sin embargo, la idea ya expuesta en el Capítulo Segundo sobre el bien jurídico mediato protegido en los delitos de insolvencia¹¹⁸¹. Así, aunque el interés mencionado por QUERALT JIMÉNEZ no es ni mucho menos desdeñable, no constituye en modo alguno el bien jurídico protegido en primer término. En todo caso, puede servir como justificación de la tipificación del delito desde la perspectiva de la *ratio legis*. La <<seriedad del sistema penal>> no constituye el bien jurídico en sentido

¹¹⁷⁸ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Las nuevas figuras especiales de insolvencias", cit., p. 666 o VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 120 y 121.

¹¹⁷⁹ Vid. *supra.* en el Capítulo Cuarto, epígrafe IV. 1-b).

¹¹⁸⁰ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J-J., *Derecho Penal. Parte Especial*, (2008), cit., p. 712.

¹¹⁸¹ Vid. *supra.* en el Capítulo Segundo, el epígrafe III.

técnico, sino que se considera únicamente como bien mediato protegido. Cabe afirmar entonces que lo que se protege es el derecho de los perjudicados por el delito a ser indemnizados, resarcidos o restituidos mediante la responsabilidad civil¹¹⁸². Dicho derecho se materializa en la titularidad del crédito que se les otorga a los perjudicados del delito por sentencia judicial. Así pues, y al igual que en los restantes tipos de alzamiento de bienes, el bien jurídico protegido presenta naturaleza individual y patrimonial¹¹⁸³. Esta idea se apoya, entre otras cosas, en el hecho de que la víctima del delito puede renunciar a la acción civil. Si se produce tal renuncia, no sería posible aplicar el delito del art. 258 del CP, pues no existiría derecho de crédito alguno que proteger¹¹⁸⁴. Este dato, junto con todo lo expuesto, desvirtúa la pretendida naturaleza supraindividual del bien jurídico que defiende QUERALT JIMÉNEZ.

Por lo que respecta al contenido del injusto, el delito del art. 258 ha de calificarse como un delito de lesión para el bien jurídico protegido¹¹⁸⁵. Como se pondrá de manifiesto en los epígrafes siguientes, para la consumación del delito es necesario que se cause un perjuicio al sujeto pasivo. El perjuicio consistirá en esta concreta figura delictiva en el impago de la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo. La insolvencia del deudor implica la imposibilidad del pago de la deuda establecida en la sentencia penal. Esta imposibilidad lleva aparejado el perjuicio para el acreedor y, por ello, la lesión del bien jurídico protegido.

III. 2 - El presupuesto: La responsabilidad civil <<ex delicto>> y la adquisición de la condición de responsable por el hecho delictivo.

Como se indica en el título elegido para este epígrafe, son dos las cuestiones que se tratan. Por un lado, ha de abordarse el concepto de responsabilidad civil <<ex delicto>> y, por el otro, la condición de responsable civil.

¹¹⁸² Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 120.

¹¹⁸³ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 120.

¹¹⁸⁴ Vid. CERES MONTES, J-F., “La insolvencia punible”, cit., p. 1184.

¹¹⁸⁵ Vid. HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 812 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 662.

La responsabilidad civil derivada del delito puede definirse como una obligación civil nacida de una infracción penal¹¹⁸⁶. Aunque a este tipo de responsabilidad civil se le denomina responsabilidad civil <<*ex delicto*>>, ésta puede derivarse tanto de los delitos como de las faltas¹¹⁸⁷. Dicha responsabilidad civil puede surgir tanto de un delito o falta consumados como de una tentativa¹¹⁸⁸. Como ya se especificó en el Capítulo Cuarto¹¹⁸⁹, la responsabilidad civil se contempla en el art. 116. 1º del CP y se basa en la causación de un daño o perjuicio como consecuencia de la comisión del ilícito penal. De ahí que generalmente la responsabilidad civil consista en el pago de una cantidad de dinero que cubre el total de los daños y perjuicios ocasionados -v. gr. abono de una cantidad de dinero que cubra los daños producidos de la rotura de objetos en un robo con fuerza-. No se incluye en este concepto el impago de las penas pecuniarias o las fianzas cautelares, pues en ambos casos habría que recurrir a una de las modalidades específicas de alzamiento de bienes del art. 257 del CP¹¹⁹⁰.

Aclarado ya este concepto, ha de determinarse quiénes pueden ser titulares de dicha responsabilidad civil, es decir, quiénes se consideran a efectos del art. 258 del CP <<responsables del hecho delictivo>>. Sólo quienes reúnan tal condición podrán ser sujetos activos del delito. El legislador ha configurado por tanto en el tipo del art. 258 del CP un delito especial propio¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁶ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 121.

¹¹⁸⁷ Vid. GONZÁLEZ RUS, J-J., en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., p. 554.

¹¹⁸⁸ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 262.

¹¹⁸⁹ Vid. *supra*. en el Capítulo indicado, el epígrafe XV.

¹¹⁹⁰ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 125, VAELLO ESQUERDO, E., “Consideraciones en torno al alzamiento de bienes”, cit., marg. 493 y MAZA MARTÍN, J-M., “Las insolvencias punibles”, cit., p.298. Sobre la diferencia entre las penas pecuniarias y la responsabilidad civil puede verse en la jurisprudencia la SAP de Madrid de 14 de julio de 2006, la SAP de Palencia de 16 de octubre de 2001 o la SAP de Cádiz de 4 de septiembre de 2000. Asimismo, puede verse la SAP de Sevilla de 30 de noviembre de 1998, sobre la imposibilidad de aplicar el delito cuando lo que se impaga es una fianza adoptada como medida cautelar.

¹¹⁹¹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 666 o VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 121.

Ante todo, para adquirir tal condición es preciso el pronunciamiento condenatorio de un juez o tribunal¹¹⁹². Por tanto, en este delito de alzamiento de bienes el deudor lo es porque así lo determina un juez o tribunal mediante sentencia condenatoria. Dicha sentencia condenatoria constituye uno de los elementos del tipo penal¹¹⁹³. La sentencia que declara la existencia del delito o falta y que establece la responsabilidad civil, y que sirve de fundamento a la aplicación del art. 258 del CP, ha de ser firme¹¹⁹⁴. De no serlo, podría llegarse a resultados contradictorios. En este sentido, podría suceder que el juez de primera instancia dictaminase la existencia de delito o falta y, que posteriormente el recurso de apelación dictaminase la absolución. Si en el intervalo de tiempo que transcurre entre un fallo judicial y el otro se condenase a su vez por un delito de alzamiento del art. 258 del CP, sucedería que tras la apelación habría desaparecido el requisito básico de la existencia de la deuda. Se habría condenado por delito de alzamiento de bienes faltando uno de los elementos esenciales del tipo penal.

Resuelto este extremo, sucede además que el legislador no deja claro si el sujeto activo ha de ser condenado como responsable criminal - autor o

¹¹⁹² La mayor parte de la doctrina coincide sobre la necesidad de la concurrencia de la sentencia condenatoria.; no obstante las opiniones divergen en relación a la naturaleza que ha de otorgársele. En este mismo epígrafe se analizará en texto las diversas posturas. Baste por el momento decir que comparten el carácter preceptivo de la sentencia condenatoria **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 659, **MUÑOZ CONDE, F.**, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 84, **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 123, **NIETO MARTÍN, A.**, “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 768 o **CERES MONTES, J-F.**, “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 295. En contra de esta opinión dominante se manifiesta **CABALLERO BRUN, F.**, *Una nueva dogmática para las insolvencias punibles*, cit., p. 279. A juicio de este último, no se puede requerir la existencia de la sentencia porque ello no encuentra amparo legal alguno. Y, en esta misma línea, en la jurisprudencia puede verse la SAP de Barcelona de 5 de septiembre de 2006, la SAP de Cantabria de 31 de octubre de 2002 o la SAP de Cantabria de 20 de junio de 2001. En contra de esta opinión mayoritaria véase la SAP de Madrid de 25 de octubre de 2004, en la que textualmente se dice <<es cierto que la responsabilidad criminal se declara por medio de sentencia. También que toda persona debe ser tenida por inocente hasta que no se acredite lo contrario. Sin embargo, el tenor literal del texto legal permite condenar al responsable de un delito, por mucho que aún no se haya dictado sentencia en su contra. La responsabilidad penal se asume en el momento en el que se comete el ilícito, por mucho que sea declarada, en sentencia, algo después>>. Y añade el Tribunal que el art. 258 del CP no exige tal requisito.

¹¹⁹³ Véase sobre la naturaleza jurídica de la sentencia condenatoria *infra*. este mismo epígrafe *in fine*.

¹¹⁹⁴ Vid. **CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M., (Dirs)**, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 880 o **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 84.

partícipe¹¹⁹⁵ - o si basta con que sea declarado responsable civil por los daños y perjuicios derivados de la comisión del hecho delictivo. Así, por ejemplo, tanto un inimputable como quien actúa bajo error de prohibición o miedo insuperable no serán considerados responsables criminales por la comisión del hecho delictivo. Ello no impide, sin embargo, que puedan ser declarados responsables civiles por los daños ocasionados. Lo mismo sucede cuando se aplica una causa de exclusión de la pena como la del art. 268 del CP¹¹⁹⁶, pues aunque el delito llega a consumarse, la conducta no es punible. Por todo ello, lo que exige el tipo penal es la calificación del sujeto activo como responsable de los daños producidos, y ello independientemente de que se le considere culpable o no¹¹⁹⁷. Lo importante es, en definitiva, que la deuda nazca¹¹⁹⁸ y con ella el derecho de crédito. Por ello, incluso cuando no se condene por delito alguno puede surgir igualmente la responsabilidad civil. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un desistimiento voluntario, que excluye la responsabilidad penal pero no la civil si se constata la producción de daños o perjuicios a la que habría sido víctima del delito o a terceros¹¹⁹⁹.

A su vez, los responsables civiles pueden ser directos -art. 116, 117 y 118 del CP- o subsidiarios -art. 120 y 121 del CP-. La doctrina no se muestra unánime respecto a si ambos pueden ser considerados sujetos activos del delito del art. 258 del CP. Así, un amplio sector doctrinal restringe la aplicación del tipo a los responsables directos y se posiciona en contra de la inclusión de los responsables subsidiarios en el dictado del art. 258 del CP¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁵ Vid. **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 254, **QUINTERO OLIVARES, G.**, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (2007), cit., p. 717, **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 666 o **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 121.

¹¹⁹⁶ Vid. **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”, cit., p. 6.

¹¹⁹⁷ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 811. Asimismo, **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 660, **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 121 y 124, **SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J.**, en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 524 o **MAZA MARTÍN, J-M.**, “Las insolvencias punibles”, cit., p. 298.

¹¹⁹⁸ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 659.

¹¹⁹⁹ Vid. **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, “¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”, cit., p. 6.

¹²⁰⁰ Vid. **CERES MONTES, J-F.**, “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 295, **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 254, **MAZA MARTÍN, J-M.**, “Las insolvencias punibles”, cit., p. 298 **ROBLEDO**

La principal razón para su exclusión del tipo radica en el hecho de que el legislador se refiera al sujeto activo como el <<responsable del hecho delictivo>> que a su vez sea condenado al pago de las responsabilidades civiles¹²⁰¹. Otros autores, sin embargo, no ven obstáculo alguno para la inclusión de los responsables subsidiarios en el círculo de los posibles sujetos activos del delito¹²⁰². Si lo importante es el nacimiento de la deuda y la determinación de un deudor, parece poco relevante que el responsable civil sea directo o subsidiario. Es perfectamente posible que quien deba responder civilmente no haya sido declarado responsable criminal de los hechos que han generado el deber de indemnizar y resarcir¹²⁰³. Basta, por tanto, que sobre quien se coloca en estado de insolvencia recaiga la obligación de cumplir con la responsabilidad civil derivada del delito o falta. Por ejemplo, los padres son responsables subsidiarios de los actos delictivos cometidos por los hijos mayores de edad sometidos a patria potestad, al igual que los tutores lo son de los incapaces -art. 120 del CP-. Si el hijo mayor de 18 años sometido a patria potestad o el incapaz cometen un delito o falta del que se deriven daños nada impide que los padres o tutores se insolventen para impagar las responsabilidades civiles que les corresponden. Por este motivo, parece adecuado, y en este trabajo se asume, incluir a los responsables subsidiarios en el círculo de sujetos idóneos para la comisión del delito del art. 258 del CP.

Al mismo tiempo, ha de tenerse en cuenta que el perjudicado y beneficiario de la indemnización por daños pueden pedir la reserva de la acción civil. Así pues, aunque es necesario que un juez o tribunal declaren la condición de responsable civil del sujeto activo del delito de alzamiento, éste no ha de ser siempre un juez o tribunal penal. Como se desprende del art. 112. 1 del la LECr, una vez que se ejercita la acción penal, se entiende utilizada también la civil, a no ser que medie reserva para ejercitar la acción civil una

VILLAR, A., *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 256, **VAELLO ESQUERDO, E.**, “Consideraciones en torno al alzamiento de bienes”, cit., marg. 493, **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, en *Derecho penal español. Parte Especial* (2005), cit., p. 554, **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 84 o **CABALLERO BRUN, F.**, *Una nueva dogmática para las insolvencias punibles*, cit., p. 276.

¹²⁰¹ Vid. **ARICHE AXPE, P.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 254.

¹²⁰² Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 660, **VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 121 o **QUINTERO OLIVARES, G.**, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (2007), cit., p.718.

¹²⁰³ Vid. **QUINTERO OLIVARES, G./ CAVANILLAS MÚGICA, S./ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.**, *La responsabilidad civil <<ex delicto>>*, cit., p. 38.

vez finalizado el juicio criminal. Por su parte, el art. 109.2 del CP prevé que el perjudicado pueda optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil.

Así las cosas, si media reserva de la acción civil, habrá que esperar al pronunciamiento del órgano civil para poder perseguir el delito de alzamiento de bienes. Sólo entonces puede hablarse de sujeto activo idóneo del delito del art. 258 del CP. A su vez, el juez civil ha de esperar a la resolución de la causa penal para poder pronunciarse sobre la responsabilidad civil que se deriva de la comisión de un delito o falta. Como dice el art. 111 del la LECr, <<las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme, salvo siempre lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 6 de este Código>>. Por lo tanto, habrá que esperar al dictamen del juez o tribunal penal para que determinen la existencia del delito o falta. La jurisdicción civil sólo podrá pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta cuando una sentencia penal acredite su existencia. Es lógico entender que sin delito o falta no puede hablarse de responsabilidad civil derivada <<*ex delicto*>> y, por tanto, no habrá lugar a la aplicación del delito de alzamiento específico del art. 258 del CP.

Cuestión diferente es que el hecho realizado genere daños que puedan ser reparados por la vía civil a pesar de que dicho hecho no sea constitutivo de un delito o falta¹²⁰⁴. Se trataría de supuestos de responsabilidad civil extracontractual previstos en los arts. 1.902 y ss del C.c. Piénsese, por ejemplo, en el dueño de un perro que ataca a un viandante y éste sufre lesiones. Puede suceder que, iniciado un proceso penal por lesiones, el juez penal no aprecie la concurrencia de delito o falta. No obstante, el art. 1.905 del C.c establece la responsabilidad civil extracontractual del propietario del animal. En tal caso, si se declara la realidad de los hechos y la existencia de la deuda por la jurisdicción civil y el responsable civil provoca dolosamente su insolvencia, podría perseguirse su conducta por la vía del tipo básico de alzamiento de bienes.

¹²⁰⁴ Ha de aclararse que esta situación es perfectamente posible e implica la posibilidad de retomar los hechos para juzgar si de ellos se genera alguna responsabilidad civil. Sólo cuando el juez o tribunal penal determinen la inexistencia de los hechos presuntamente acaecidos se cierra totalmente la vía civil. Según el art. 116 de la LECr, no cabe ejercitar la ulterior acción civil separada del proceso penal cuando éste termine con una sentencia en la que se declare que el hecho que sirvió de fundamento fáctico a la pretensión punitiva nunca ha tenido lugar. Vid. sobre esta cuestión **QUINTERO OLIVARES, G./ CAVANILLAS MÚGICA, S./ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.**, *La responsabilidad civil <<ex delicto>>*, cit., pp. 190. y ss.

Por otro lado, y como ya se ha dicho, si bien está claro que la condena por delito o falta y la consecuente declaración de la responsabilidad civil por parte del juez o tribunal son requisitos imprescindibles, no lo está tanto la naturaleza que ha de otorgársele. La discusión doctrinal se centra en discernir si la declaración judicial de condena constituye una condición de perseguibilidad, una condición objetiva de punibilidad o si, en su caso, se trata de un elemento objetivo del tipo.

Partícipes de la primera opción se muestran VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC. Así, los citados autores opinan que <<el hecho de no haberse dictado la sentencia condenatoria por el delito de referencia impide sólo que se condene por el alzamiento (...) pero no necesariamente la iniciación de un procedimiento a través del artículo 258 del CP>>¹²⁰⁵. De no iniciarse el proceso penal, no podrían adoptarse medidas cautelares y se facilitaría la ocultación de bienes por parte del deudor. Por lo tanto, su propuesta consiste en iniciar el proceso penal por delito de alzamiento de bienes e interrumpirlo hasta que recaiga la sentencia que declare la responsabilidad civil <<ex delicto>>. Una vez finalizado éste, habrá que reiniciar el proceso penal por delito del art. 258 del CP y, si se cumplen todos sus requisitos, condenar también por este tipo penal.

Para NIETO MARTÍN se trata de una condición objetiva de punibilidad¹²⁰⁶, pues hasta que no se produzca la condena por el juez penal se deja en suspenso la posibilidad de abrir un proceso por el delito de insolvencia del art. 258. La conducta típica se efectúa con anterioridad a la determinación de la responsabilidad civil, supeditándose la aplicación del tipo a dicho momento. En consecuencia, y en contra de lo que proponen VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, el procedimiento penal por alzamiento de bienes no puede iniciarse hasta que no se conozca el contenido de la sentencia por el hecho delictivo generador de la responsabilidad civil <<ex delicto>>.

¹²⁰⁵ Cfr. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 123. De la misma opinión véase ARICHE AXPE, P., “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 254.

¹²⁰⁶ Vid. NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 768 y 770. Puede verse además, QUINTERO OLIVARES, G./ CAVANILLAS MÚGICA, S./ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., *La responsabilidad civil <<ex delicto>>*, cit., p. 129, CERES MONTES, J-F., “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, cit., p. 295 y ROBLEDO VILLAR, A., *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 257.

Por su parte, HUERTA TOCILDO¹²⁰⁷, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹²⁰⁸, LORENZO SALGADO¹²⁰⁹ o MUÑOZ CONDE¹²¹⁰ entienden que dicha declaración constituye un elemento objetivo del tipo. La condena del juez penal es la que identifica al sujeto activo idóneo para cometer el delito del art. 258 del CP. Mediante la sentencia judicial se establece quién es el responsable civil de los daños ocasionados, es decir, al deudor. Por este motivo, hay que desechar la naturaleza de condición objetiva de punibilidad de la condena judicial. Como expone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, <<una cosa es que se trate de un elemento que no afecta a la ejecución de la acción en sentido estricto -maniobras fraudulentas sobre los bienes propios- y otra muy distinta que sea un elemento desvinculado del tipo de injusto, cuya misión se limite a convertir en punible un hecho delictivo ya perfecto en todos sus elementos>>¹²¹¹. En definitiva, no se trata simplemente de una supeditación de la punibilidad, sino que la condena identifica al sujeto idóneo del delito. De ahí que, al igual que la insolvencia, se trate de un elemento objetivo del tipo que ha de comprobarse a efectos de determinar la existencia del delito¹²¹². Al mismo tiempo, por tratarse de un elemento objetivo del tipo ha de ser abarcado por el dolo del autor. Es decir, el autor debe conocer la posibilidad de ser condenado como responsable civil del delito o falta cometidos, de forma que, si lo ignora y provoca su insolvencia, obra con error de tipo¹²¹³.

Y, si se parte de esta idea, ha de admitirse además que no es posible iniciar el proceso penal por este delito hasta que no recaea la sentencia judicial que declara la responsabilidad penal <<*ex delicto*>>¹²¹⁴. Desde el punto de

¹²⁰⁷ Vid. HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 810.

¹²⁰⁸ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 660.

¹²⁰⁹ Vid. LORENZO SALGADO, J-M., en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, cit., p. 83.

¹²¹⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 84.

¹²¹¹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., pp. 661 y 662.

¹²¹² Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 84. En este mismo sentido puede verse la SAP de Sevilla de 26 de diciembre de 2001.

¹²¹³ Vid. nuevamente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 661.

¹²¹⁴ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 665.

vista de *lege lata*, si no concurre dicha declaración no se puede iniciar el procedimiento.

III. 3 - El tipo subjetivo.

A diferencia de lo que sucedía en los anteriores delitos de alzamiento de bienes, sobre este extremo sí existe consenso en la doctrina y jurisprudencia. Así, en este concreto delito de insolvencia se exige un *animus* específico en la actuación del sujeto activo más allá del dolo. Es opinión unánime que este elemento subjetivo del tipo se identifica como la finalidad de <<eludir las responsabilidades civiles derivadas de delito>>¹²¹⁵. En el presente trabajo se comparte esta opinión, aunque no por ello se renuncia a clasificar al delito como un tipo de lesión. Es decir, se exige la actuación dolosa y el ánimo específico de elusión del pago; no obstante, lo que determina la consumación del delito es el perjuicio que se causa al beneficiario de la responsabilidad civil derivada del delito por el que se condena.

Por lo que respecta al dolo, la doctrina discrepa en cuanto a la posibilidad de cometer el delito con dolo eventual. Un sector doctrinal se inclina por exigir el dolo directo, excluyendo la posibilidad de comisión del delito mediante dolo eventual¹²¹⁶. Otros autores como VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC o NIETO MARTÍN no se oponen a la suficiencia del dolo eventual para cometer el delito¹²¹⁷. A juicio de este último autor, basta con que el sujeto activo acepte la posibilidad de que puede estar implicado en la comisión de un hecho delictivo.

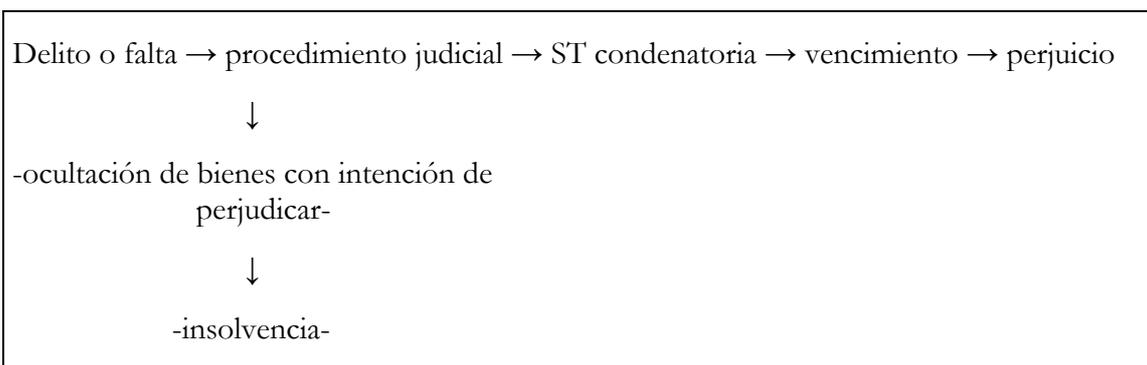
¹²¹⁵ Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J., en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 525, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 667, ARICHE AXPE, P., “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, cit., p. 255, MESTRE DELGADO, E., en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 323, ROBLEDO VILLAR, A., *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 256, VAELLO ESQUERDO, E., “Consideraciones en torno al alzamiento de bienes”, cit., marg. 493. En la jurisprudencia puede verse la SAP de Cádiz de 28 de abril de 2006.

¹²¹⁶ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p.667.

¹²¹⁷ Vid. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 124 y NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, cit., marg. 768.

III. 4 - El iter criminis.

Debido a la complejidad que presenta el análisis de ciertos aspectos de este delito específico de alzamiento de bienes, a continuación se expone un esquema que pretende mostrar gráficamente en que consiste y cómo se desarrolla el *iter criminis* de este novedoso tipo penal. Seguidamente se comentará el esquema, razonando el porqué de la estructura propuesta.



Como puede observarse, el punto de partida no es la existencia de la deuda, sino la comisión de un delito o falta. El nacimiento de la deuda es, por supuesto, un requisito indispensable; no obstante dicho elemento surge posteriormente como consecuencia de la condena por la comisión de un delito.

Si se parte del esquema propuesto, puede observarse que una vez cometidos los hechos <<presuntamente>> delictivos, se inicia el procedimiento judicial que determinará su naturaleza jurídica y la necesidad de imponer la sanción penal o no¹²¹⁸. Es a partir de la comisión del delito o falta cuando pueden iniciarse ya los actos tendentes a la provocación de la insolvencia¹²¹⁹. Una vez iniciado el procedimiento penal, el posible responsable civil tiene la certeza de que puede ser condenado por sentencia

¹²¹⁸ Como expone **CERES MONTES, J-F.**, “La insolvencia punible”, cit., p. 1184, aunque el sujeto activo realice los actos de alzamiento de bienes en previsión del eventual procedimiento judicial su puesta en marcha <<es necesaria al ser únicamente en el proceso penal donde se dilucida el delito y las responsabilidades civiles>>.

¹²¹⁹ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, *Empresa y Derecho penal*, cit., p. 154 o **ROBLEDO VILLAR, A.**, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 257. En la jurisprudencia puede verse la STS de 3 de mayo de 2001.

del juez o tribunal, y se insolventa con la intención de eludir la obligación de pago resultante.

Tras el procedimiento recaerá sentencia, la cual puede contener un fallo absolutorio o condenatorio. Si la sentencia resulta ser absolutoria no existe posibilidad alguna de que se pueda apreciar el delito de alzamiento de bienes¹²²⁰. Como ya se expuso anteriormente, es preciso que el juez o tribunal declaren al sujeto activo como responsable civil por el hecho delictivo. Por tanto, aunque el sujeto enjuiciado hubiese provocado su insolvencia antes de ser absuelto, tal actuación no es constitutiva de un delito de alzamiento de bienes¹²²¹. En tales circunstancias, la única forma de sancionar la conducta del sujeto que se insolventa requeriría apreciar la concurrencia de una tentativa inidónea punible. No obstante, al igual que sucede con los casos ya analizados de autoprovocación de la insolvencia cuando la deuda está pendiente de resolución judicial se trata de un ejemplo de delito putativo impune¹²²².

En consecuencia, sólo si el sujeto resulta condenado es posible apreciar el delito de alzamiento de bienes. De la sentencia condenatoria depende que exista un sujeto idóneo para la apreciación del delito de alzamiento y, a la vez, el nacimiento de la deuda¹²²³. Si además se tiene en cuenta que la ejecución de

¹²²⁰ Vid. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 812.

¹²²¹ En la doctrina puede encontrarse algún autor que se muestra partidario de entender que el delito se consuma aun cuando no haya recaído la sentencia. Así parece posicionarse **JAEN VALLEJO, M.**, “Las insolvencias punibles”, cit., p. 35, haciéndose eco de una línea jurisprudencial anterior a la entrada en vigor del actual Código Penal que entendía que el delito de alzamiento de bienes podía surgir incluso antes de que la deuda emergiera al campo del derecho obligacional. En la STS de 20 de abril de 1991 se afirma que basta que exista una expectativa fundada -un temor- de que la reclamación crediticia pueda ser pretendida en cualquier momento u subsiguientemente acordada por resolución judicial. Entendido así, el autor llega a decir que <<el que se alza con sus bienes después de la comisión de un delito para evitar hacer frente a la eventual responsabilidad civil <<ex delicto>>, se ha entendido en algún caso que realizaba el hecho típico, al considerarse que la obligación nace en el momento de la comisión del delito>>. En contra **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, *Empresa y Derecho penal*, cit., p. 155, quien sostiene que aunque los actos de ocultación se realicen con anterioridad a la sentencia del juez de lo penal y en el caso de que se hubiese iniciado el procedimiento penal para el enjuiciamiento del alzamiento, el tribunal encargado de este último debe esperar a que el primer juicio termine para comprobar que efectivamente existe la responsabilidad civil <<ex delicto>>.

¹²²² Vid. *supra*. el epígrafe XI. 1 del Capítulo Cuarto.

¹²²³ Vid. en sentido contrario **QUINTERO OLIVARES, G.**, “Las insolvencias punibles en el Derecho penal español”, cit., p. 520. Para este autor la sentencia emitida por el juez no es constitutiva de la obligación, sino que ordenará el cumplimiento de lo que nació en el momento de comisión del hecho delictivo. Consecuentemente desde ese mismo momento se podría decir que existe un acreedor y un deudor. Ahora bien, el delito no puede perseguirse hasta que no se dicte la sentencia.

la sentencia puede ser solicitada desde ese mismo instante-art. 988 LECr-¹²²⁴, resulta que se causa ya en ese mismo instante un perjuicio al acreedor. Así, éste no podrá ver satisfecho su derecho de crédito como consecuencia de la insolvencia provocada por el deudor.

En consecuencia, el vencimiento y la exigibilidad de la deuda, que no la insolvencia, presuponen nuevamente la consumación del delito¹²²⁵. Y ésta es precisamente la razón que justifica la interpretación del delito como un tipo de lesión. Si contrariamente se entendiese que el delito del art. 258 del CP es un delito de peligro, el hecho de insolventarse, unido al ánimo de eludir la eventual responsabilidad civil derivada del delito, equivaldría a la consumación del delito. La consumación se produciría antes del pronunciamiento del juez o tribunal, lo que podría derivar en una inadmisibile contradicción en el caso de que la sentencia fuese absolutoria. Así, ante una sentencia absolutoria no quedaría otro remedio que entender que el delito de alzamiento ya consumado se <<desconsume>>¹²²⁶, pues la absolución implica la inexistencia de la deuda y del sujeto activo del delito de insolvencia.

Como consecuencia de todo lo dicho, ha de indicarse que la comisión del delito en grado de tentativa no parece viable, pues el delito se consume cuando el sujeto activo es declarado responsable civil por el delito

¹²²⁴ Ha de indicarse que, como ya se dijo anteriormente, la sentencia que declara la existencia de delito o falta ha de ser firme. Según el art. 988 del la LECr, las sentencias penales firmes pueden ejecutarse una vez que se dictan. Al mismo tiempo, ha de ponerse de relieve que, según el art. 989 de la LECr, la responsabilidad civil derivada del delito puede ser ejecutada de forma provisional. Con ello se pone de manifiesto que la deuda vence y es ejecutiva incluso antes de que la sentencia penal sea definitiva. Con todo, y para evitar contradicciones, la aplicación del delito del art. 258 del CP requiere que la sentencia penal sea firme. En ese momento, no hay duda de que la deuda ha vencido y se ha lesionado el bien jurídico, pues, por un lado, las sentencias penales son ejecutivas desde que se dictan y, por otro, el art. 989 de la LECr indica que la obligación de pago de las responsabilidades civiles ya era ejecutable incluso antes de la firmeza de la sentencia que la establece. Vid. sobre el carácter ejecutivo de las sentencias y la ejecución provisional **MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J-L./ MONTÓN REDONDO, A./ BARONA VILAR, S.**, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo blanch, Valencia 2005, pp. 442 y 460.

¹²²⁵ Vid. **LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M.**, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 136.

¹²²⁶ Cfr. **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 811. Añade además que podría salirse al paso de esta crítica diciendo que, aunque el delito ya se haya consumado, no resulta punible porque se requeriría la condición objetiva de que el deudor insolvente sea declarado responsable del hecho delictivo. Pero argumenta la autora que <<ello chocaría frontalmente con la cualidad de responsable del mismo que exige el texto del art. 258 del CP, cualidad esta subjetiva, que no condición objetiva, por más que la misma se haga constar en una sentencia>>.

cometido¹²²⁷. En ese concreto momento, el deudor ya es insolvente, por lo que se causa el perjuicio al acreedor y el delito se perfecciona. El anterior estadio de insolvencia sin condena y declaración de las responsabilidades civiles por parte de un juez o tribunal es atípica. Como ya se dijo, de no llegar a declararse por el juez la responsabilidad civil, la conducta del sujeto que se insolventa será calificada como un supuesto de delito putativo impune¹²²⁸. La persona que se insolventa creyendo que va a ser declarada responsable civil, pero que realmente no llega a serlo nunca, no es un sujeto idóneo para cometer el delito de alzamiento de bienes. Poco importa entonces cuál haya sido la intención que lo ha llevado a autoprovocar su insolvencia, pues sin una deuda que cumplir no habrá nunca delito de insolvencia.

Finalmente, ha de advertirse de que si los actos de ocultación se realizan una vez recaída la sentencia que declara la existencia de la responsabilidad civil, entonces la conducta sería constitutiva de un delito de alzamiento específico del art. 257. 1. 2º¹²²⁹. El deudor se insolventa en previsión de un procedimiento de embargo dirigido a la satisfacción de las responsabilidades civiles y, por tanto, se trata de un delito de alzamiento de bienes para conseguir la dilatación, obstaculización o frustración del procedimiento ejecutivo¹²³⁰.

¹²²⁷ Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., pp. 662 y 667. Véase además **HUERTA TOCILDO, S.**, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, cit., p. 812. En contra de esta opinión se manifiesta **QUERALT JIMÉNEZ, J-J.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona 2002, p. 499.

¹²²⁸ Vid. en la doctrina **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 662.

¹²²⁹ Vid. **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, en *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 582. Ha de indicarse que el citado autor no especifican si el delito aplicable al caso sería el tipo básico o la modalidad específica del art. 257. 1. 2º. Se limita simplemente a indicar que se aplicaría el art. 257. 1 del CP. Por su parte, **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ** se inclina por la aplicación del tipo básico. Vid. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 91. Puede verse además, **GONZÁLEZ PASTOR, C-P.**, “La insolvencia punible, modalidades previstas en el Código Penal de 1995, en la reforma del mismo y la incidencia en esta materia de la nueva Ley Concursal”, cit., p. 14. Aunque la autora no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, sí que afirma que en el art. 258 del CP los actos de insolvencia han de llevarse a cabo antes de que recaiga la sentencia. Por tanto, cabe entender, *a sensu contrario*, que si se efectúan después del pronunciamiento judicial, no se tratará de hechos constitutivos de este tipo específico de alzamiento de bienes.

¹²³⁰ En la jurisprudencia pueden verse opiniones diversas. Así, en STS de 3 de mayo de 2001, el Alto Tribunal se muestra partidario de la idea expuesta en el texto. Contrariamente, en sentencia de 9 de junio de 1999, el Tribunal aplicó el delito del art. 258 del CP, aun cuando los actos de distracción de bienes se efectuaron con posterioridad a la sentencia en la que se establecía la responsabilidad civil derivada de delito. Según el relato de los hechos probados, el condenado mediante sentencia firme

por un delito contra la propiedad intelectual se deshace del único bien que compone su patrimonio, probándose a juicio del Tribunal la concurrencia de la finalidad de no atender a la responsabilidad civil derivada del citado delito. Concretamente dice el Tribunal Supremo que <<en el caso actual constan debidamente acreditados los elementos objetivos integradores del tipo delictivo: 1º) el acusado es responsable de un hecho delictivo, e incluso ha sido condenado por sentencia firme; 2º) con posterioridad a su comisión, inmediatamente después de la sentencia condenatoria, ha realizado actos de disposición consistentes en vender en escritura pública el piso de su propiedad, único bien inmueble de su patrimonio, por un precio declarado de siete millones de pesetas, que el acusado hizo suyo; 3º) con dicho acto de disposición se hizo totalmente insolvente, al menos de forma aparente, quedando absolutamente desatendidas las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo y definitivamente declaradas en la sentencia condenatoria, careciendo el acusado de otros bienes que pudiesen ser objeto de ejecución>>. Posteriormente, en la antes citada STS de 3 de mayo de 2001, el Tribunal cambia de orientación y se decanta ya por entender que si los actos de ocultación se producen después de la sentencia que declara la responsabilidad penal ha de aplicarse el tipo penal de alzamiento de bienes dirigido a dilatar, obstaculizar o impedir el procedimiento ejecutivo.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 22 de octubre de 1970
- STS de 25 de septiembre de 1982
- STS de 14 de julio de 1986
- STS de 10 de marzo de 1987
- STS de 11 de noviembre de 1988
- STS de 14 de julio de 1989
- STS de 28 de noviembre de 1989
- STS de 26 de febrero de 1990
- STS de 27 de abril de 1990
- STS de 22 de octubre de 1990
- STS de 23 de octubre de 1990
- STS de 27 de noviembre de 1990
- STS de 4 de febrero de 1991
- STS de 20 de abril de 1991
- STS de 6 de junio de 1991
- STS de 1 de julio de 1991
- STS de 11 de noviembre de 1991
- STS de 2 de diciembre de 1991
- STS de 16 de diciembre de 1991
- STS de 28 de febrero de 1992
- STS de 2 de marzo de 1992
- STS de 9 de marzo de 1992

- STS de 6 de abril de 1992
- STS de 18 de mayo de 1992
- STS de 28 de mayo de 1992
- STS de 14 de septiembre de 1992
- STS de 29 de septiembre de 1992
- STS de 29 de noviembre de 1992
- STS de 9 de diciembre de 1992
- STS de 12 de febrero de 1993
- STS de 4 de junio de 1993
- STS de 15 de marzo de 1994
- STS de 15 de febrero de 1995
- STS de 25 de febrero de 1995
- STS de 27 de mayo de 1995
- STS de 12 de julio de 1996
- STS de 21 de octubre de 1996
- STS de 14 de noviembre de 1997
- STS de 9 de junio de 1999
- STS de 10 de junio de 1999
- STS de 22 de junio de 1999
- STS de 24 de septiembre de 1999
- STS de 7 de octubre de 1999
- STS de 27 de abril de 2000
- STS de 19 de mayo de 2000
- STS de 14 de noviembre de 2000
- STS de 20 de diciembre de 2000
- STS de 26 de diciembre de 2000

-
- STS de 23 de febrero de 2001
 - STS de 12 de marzo de 2001
 - STS de 24 de abril de 2001
 - STS de 30 de abril de 2001
 - STS de 15 de junio de 2001
 - STS de 23 de julio de 2001
 - STS de 18 de septiembre de 2001
 - STS de 26 de septiembre de 2001
 - STS de 8 de noviembre de 2001
 - STS de 27 de noviembre de 2001
 - STS de 30 de noviembre de 2001
 - STS de 11 de marzo de 2002
 - STS de 22 de marzo de 2002
 - STS de 23 de marzo de 2002
 - STS de 15 de abril de 2002
 - STS de 13 de junio de 2002
 - STS de 8 de julio de 2002
 - STS de 23 de septiembre de 2002
 - STS de 18 de octubre de 2002
 - STS de 31 de octubre de 2002
 - STS de 21 de noviembre de 2002
 - STS de 27 de noviembre de 2002
 - STS de 30 de diciembre de 2002
 - STS de 31 de diciembre de 2002
 - STS de 14 de enero de 2003
 - STS de 31 de enero de 2003

- STS de 6 de febrero de 2003
- STS de 25 de febrero de 2003
- STS de 18 de marzo de 2003
- STS de 23 de mayo de 2003
- STS de 1 de octubre de 2003
- STS de 18 de junio de 2004
- STS de 19 de junio de 2004
- STS de 16 de julio de 2004
- STS de 20 de julio de 2004
- STS de 11 de octubre de 2004
- STS de 14 de diciembre de 2004
- STS de 15 de diciembre de 2004
- STS de 4 de enero de 2005
- STS de 4 de marzo de 2005
- STS de 28 de abril de 2005
- STS de 15 de junio de 2005
- STS de 24 de junio de 2005
- STS de 30 de junio de 2005
- STS de 5 de julio de 2005
- STS de 19 de julio de 2005
- STS de 20 de septiembre de 2005
- STS de 3 de octubre de 2005
- STS de 17 de octubre de 2005
- STS de 9 de noviembre de 2005
- STS de 20 de diciembre de 2005
- STS de 19 de enero de 2006

- STS de 10 de febrero de 2006
- STS de 28 de febrero de 2006
- STS de 3 de abril de 2006
- STS de 17 de abril de 2006
- STS de 4 de mayo de 2006
- STS de 15 de junio de 2006
- STS de 7 de julio de 2006
- STS de 31 de julio de 2006
- STS de 3 de octubre de 2006
- STS de 26 de octubre de 2006
- STS de 31 de octubre de 2006
- STS de 9 de noviembre de 2006
- STS de 27 de noviembre de 2006
- STS de 4 de mayo de 2007
- STS de 27 de diciembre de 2007

Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Cataluña de 3 de enero de 2005

Sentencias de los tribunales menores

- SAP de Barcelona de 22 de abril de 1996
- SAP de Sevilla de 6 de noviembre de 1998
- SAP de Sevilla de 30 de noviembre de 1998
- SAP de Barcelona de 10 de mayo de 1999

- SAP de Castellón de 24 de mayo de 1999
- SAP de Madrid de 23 de febrero de 2000
- SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2000
- SAP de Barcelona de 17 de abril de 2000
- SAP de Cádiz de 4 de septiembre de 2000
- SAP de Burgos de 13 de octubre de 2000
- SAP de Toledo de 23 de octubre de 2000
- SAP de A Coruña de 19 de diciembre de 2000
- SAP de Sevilla de 1 de febrero de 2001
- SAP de Palencia de 6 febrero de 2001
- SAP de Valencia de 7 de febrero de 2001
- SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2001
- SAP de Tarragona de 1 de abril de 2001
- SAP de Cantabria de 20 de junio de 2001
- SAP de Vizcaya de 11 de julio de 2001
- SAP de Barcelona de 19 de julio de 2001
- SAP de Palencia de 16 de octubre de 2001
- SAP de Cáceres de 27 de octubre de 2001
- SAP de Sevilla de 26 de diciembre de 2001
- SAP de Cáceres de 6 de marzo de 2002
- SAP de Alicante de 9 de mayo de 2002
- SAP de Barcelona de 11 del julio de 2002
- SAP de Madrid de 24 de julio de 2002
- SAP de Salamanca de 31 de julio de 2002
- SAP de Alicante de 1 de octubre de 2002
- SAP de Cádiz de 30 de octubre de 2002

-
- SAP de Cantabria de 31 de octubre de 2002
 - SAP de Alicante de 15 de noviembre de 2002
 - SAP de Granada de 27 de febrero de 2003
 - SAP de Toledo de 23 de abril de 2003
 - SAP de Pontevedra de 15 de mayo de 2003
 - SAP de Las Palmas de 20 de junio de 2003
 - SAP de Madrid de 10 de julio de 2003
 - SAP de Madrid de 22 de enero de 2004
 - SAP de Murcia de 25 de febrero de 2004
 - SAP de Alicante de 16 de marzo de 2004
 - SAP de Las Palmas de 23 de marzo de 2004
 - SAP de Albacete de 30 de marzo de 2004
 - SAP de Asturias de 7 de octubre de 2004
 - SAP de Madrid de 25 de octubre de 2004
 - SAP de Cantabria de 24 de diciembre de 2004
 - SAP de Córdoba de 16 de febrero de 2005
 - SAP de Valladolid de 10 de marzo de 2005
 - SAP de Madrid de 7 de abril de 2005
 - SAP de Girona de 29 de abril de 2005
 - SAP de Lleida de 5 de mayo de 2005
 - SAP de Madrid de octubre de 2005
 - SAP de Cádiz de 27 de octubre de 2005
 - SAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2005
 - SAP de Barcelona de 16 de febrero de 2006
 - SAP de Asturias de 21 de febrero de 2006
 - SAP de Cádiz de 25 de febrero de 2006

- SAP de Navarra de 25 de abril de 2006
- SAP de Cádiz de 28 de abril de 2006
- SAP de Madrid de 14 de julio de 2006
- SAP de Barcelona de 5 de septiembre de 2006
- SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2006
- SAP de Cuenca de 27 de junio de 2007
- SAP de Segovia de 11 de septiembre de 2007
- SAP de A Coruña de 9 de noviembre de 2007

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- **ALBALADEJO, M.**, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Bosch, Barcelona 2002.
- **ALBEGGIANI, F.**, “La criminalité économique: aspects normatifs”, en *Forme di organizzazioni criminali e terrorismo*, FERRACUTI, F., (a cura di), Giuffrè, Milano 1988.
- **ALBRECHT, P-A.**, “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, ROMEO CASABONA, C-M., (Dir), Comares, Granada 2000.
- **DE ALFONSO LASO, D.**, “Las insolvencias punibles a la luz de la nueva Ley Concursal. Algunos problemas prácticos concretos en su aplicación”, en *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006.
- **ALONSO, J-M.**, “Las insolvencias punibles”, en *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*, nº III, Expansión, Madrid 1999.
- **ALONSO OLEA, M./ TORTUELO PLAZA, J-L.**, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid 2000.
- **ALONSO PÉREZ, F.**, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Colex, Madrid 2003.
- **ÁLVAREZ BARBEITO, P.**, *Régimen fiscal de la deuda pública*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 2002.
- **ÁLVAREZ GARCÍA, F., (Dir)**, *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles*, Tirant lo blanch, Valencia 2003.
- **DI AMATO, A.**, *Diritto Penale dell'impresa*, Giuffrè, Milano 2003.
- **ANTOLISEI, F.**, *Manuale di Diritto Penale. Legge Complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Giuffrè, Milano 2001.
- **ARICHE AXPE, P-J.**, “Las insolvencias punibles. El delito de alzamiento de bienes”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, nº III, Madrid 2002.

- **ARROYO DE LAS HERAS, A.**, *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Bosch, Barcelona 2005.
- **ARROYO ZAPATERO, L.**, “El Derecho penal en la República Federal Alemana”, en *La reforma penal: delitos socioeconómicos*, BARBERO SANTOS, M., (Ed), Sección de publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid 1985.
 - “Derecho penal económico y Constitución”, en *Revista penal*, Año 1, nº 1, Praxis, Huelva-Salamanca y Castilla-La Mancha 1998.
 - *Estudios de criminología II*, Colección de Estudios, Cuenca 1999.
- **BACIGALUPO, E.**, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2007.
- **BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid 1978.
 - “Marco constitucional del Derecho penal económico”, en *Comentarios a la legislación penal*, COBO DEL ROSAL, M., (Dir), Revista de Derecho privado, Madrid 1982.
 - “La constitución económica española y el Derecho penal”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao 1983.
 - “La protección penal del crédito”, en *Cuadernos del Poder Judicial, nº especial IX: Nuevas formas de delincuencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1986.
 - *Manual de Derecho penal: parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Ceura, Madrid 1987.
 - “Delitos patrimoniales económicos”, en *Política criminal y reforma penal. Libro Homenaje a la memoria del Prof. Doc. Juan del Rosal*, Revista de Derecho privado, Madrid 1993.
 - “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político -criminales”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann*, Estudios jurídicos, Madrid 1995.

-
- *Los Delitos de estafa en el Código Penal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid 2004.
 - **BAJO FERNÁNDEZ, M., (Dir)**, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1998.
 - **BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S.**, en *Comentarios al Código Penal*, Tomo VIII, COBO DEL ROSAL, M., (Dir), Edersa, Madrid 1999.
 - *Derecho Penal Económico*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid 2001.
 - **BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO, M.**, en *Manual de Derecho penal. Delitos patrimoniales y económicos*, BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1993.
 - **BAJO FERNÁNDEZ, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1993.
 - **BARBERO SANTOS, M., (Ed)**, *La reforma penal: Los delitos socioeconómicos*, Sección de publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid 1985.
 - **BARONA VILAR, S.**, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo blanch, Valencia 1999.
 - **BENEYTEZ MERINO, L.**, en *Curso de Derecho Penal Económico*, BACIGALUPO ZAPATER, E., (Ed), Marcial Pons, Madrid 2005.
 - **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ FERRÉ OLIVÉ, J-C.**, *Todo sobre el fraude tributario*, Praxis, Barcelona 1994.
 - **BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R.**, *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Bercal, Madrid 2002.
 - **BERNAL DEL CASTILLO, J.**, *El delito de impago de pensiones*, Bosch, Barcelona 1997.

- **BETANCOURT, F.**, *Derecho Romano Clásico*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2001.
- **BINDING, K.**, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, Hamburg 1969.
- **BLANCO BUITRAGO, R.**, “La separación de los ilícitos civiles y los ilícitos penales en el ámbito concursal”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 3, marzo 2004.
- **BLASCO LAHOZ, J-F./ LÓPEZ GANDÍA, J./ MOMPALER CARRASCO, M-A.**, *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia 2005.
- **BLÁZQUEZ LIDOY, A.**, “El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal”, en *Estudios Financieros*, núm. 256.
 - “Deudas autoliquidadas y no ingresadas en el delito de alzamiento de bienes”, en *Estudios Financieros*, núm. 264.
- **BOERS, K./ NELLES, U./ NIPPERT, A.**, “Limited knowledge, unmarked spaces and increased opportunities after the reunification. Economic crime in Germany”, en *La criminalite economique et financière en Europe*, PONSERS, P./ RUGGIERO, V., (Dir), L’Harmattan, Paris 2002.
- **BOLDOVA PASAMAR, M-A.**, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Comares, Granada 2000.
- **BONET NAVARRO, J./ MARTÍN PASTOR, J.**, en *Derecho Procesal Civil*, ORTELLS RAMOS, M., (Dir), Aranzadi, Cizur Menor 2007.
- **BONFATTI, S.**, en *Diritto Fallimentare*, MAFFEI ALBERTI, A., (Coord), Monduzzi Editore, Bologna 2002.
- **BRANCADORO, G.**, en *Le procedure concorsuali minori*, GRECO, I., (Coord), Pirola Editore, Milano 1997.
- **BRANDARIZ GARCÍA, J-A.**, *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia 2000.

-
- “Itinerarios de Evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, FARALDO CABANA, P., (Dir), Tirant lo blanch, Valencia 2004.
 - **BRICCHETTI, R./ TARGETTI, R.**, *Bancarotta e reati societari*, Giuffré, Milano 2003.
 - **BUCY, P-M.**, *White-collar Crime. Cases and materials*, West Publishing Co, 1992.
 - **BUSTO LAGO, J-M.**, “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, F., (Coord), Aranzadi, Elcano 2002.
 - **BUSTOS GISBERT, A.**, *Lecciones de Hacienda Pública II. La financiación del sector público*, Colex, Madrid 2003.
 - **BUSTOS RAMÍREZ, J.**, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ariel Derecho, Barcelona 1986.
 - “Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1999.
 - **BUSTOS RAMÍREZ, J-J./ HORMAZÁBAL MALARÉE, H.**, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Trotta, Madrid 2006.
 - **BUSTOS VALDIVIA, C.**, en *Derecho patrimonial civil*, MORENO QUESADA, B./ BUSTOS VALDIVIA, C./ TRUJILLO CALZADO, M-I., Comares, Granada 2006.
 - **CABALLERO BRUN, F.**, *Una nueva dogmática para las insolvencias punibles*, (Tesis doctoral), Salamanca 2007.
 - “Algunos problemas de autoría y participación en las denominadas insolvencias punibles”, en *Revista Penal*, nº 21, enero 2008.
 - **CAEIRO, P.**, *Sobre a natureza dos crimes falénciais*, Coimbra Editora, Coimbra 1996.
 - “Crimes contra o patrimonio”, en *Comentario conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo II*, DE FIGUIEREDO DIAS, J., (Dir), Coimbra Editora, Coimbra 1999.

- “A relevancia da insolvência e da insolvabilidade nos crimes falênciais”, en *Temas de Direito Penal Económico*, PODVAL, R., (Dir), Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2000.
- **CALDERÓN, A./ CHOCLÁN, J-A.**, *Código Penal Comentado*, Deusto, Bilbao 2005.
- **CALVO ORTEGA, R.**, *Derecho Tributario. Parte General*, Civitas, Elcano 2005.
- **CAMPÁ BERTHON, F-J.**, “La insolvencia punible en relación con el concurso de acreedores”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 716, 2006.
- **CAMPOBASSO, G-F.**, *Diritto commerciale. Vol. III. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, Utet, Torino 2001.
- **CANDIAN, A.**, “Della Bancarotta”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1935.
- **CAPILLA RONCERO, F., (Coord)**, *Introducción al Derecho Patrimonial Privado*, Tirant lo blanch, Valencia 2004.
- **CARANO, C.**, *L’apertura del fallimento*, Giuffré, Milano 2001.
- **CARRARA, F.**, *Programa de Derecho criminal. Parte Especial, Vol. VII*, Temis, Bogotá- Buenos Aires 1977.
- **CARRASCO ANDRINO, M-M.**, *La publicidad engañosa y el Derecho penal*, Ed. Revista general de derecho, Valencia 2000.
 - *La protección penal del secreto de empresa*, Cedens, Barcelona 1998.
- **CARRERI, C.**, *I reati di bancarotta*, Giuffré, Milano 1993.
- **CARVALHO FERNÁNDEZ, L-A./ LABAREDA, J.**, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, Vol. I, Quid Juris, Lisboa 2005.
- **CASTALDO, A.**, “La concreción del riesgo jurídicamente relevante”, en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, SILVA SÁNCHEZ, J-M., (Ed), Bosch, Barcelona 1997.
- **CASTIÑEIRA PALOU, T.**, “Delitos contra la Propiedad Industrial”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ASÚA BATARRITA, A., (Ed), Servicio Editorial del País Vasco, 1996.

-
- **CASTRO MORENO, A.**, *El delito societario de administración desleal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1998.
 - **CATANIA, A.**, *Régimen Penal Tributario. Estudio sobre la Ley 24. 769*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2005.
 - **CENSONI, P-F./ PACCHI PESUCCI, S.**, en *Diritto Fallimentare*, MAFFEI ALBERTI, A., (Coord), Monduzzi Editore, Bologna 2002.
 - **CERDÁ ALBERO, F.**, *Curso de Derecho concursal*, Colex, Madrid 2000.
 - **CERES MONTES, J-F.**, “La insolvencia punible”, en *La Ley* n° 4, 1996.
 - “Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código Penal”, en *Delincuencia económica*, Consejo General del Poder judicial, Madrid 2006.
 - **CEREZO MIR, J.**, *Curso de Derecho penal español III*, Tecnos, Madrid 2001.
 - **CERVINI, R./ ADRIASOLA, G.**, *El Derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, B de F, Buenos Aires 2005.
 - **CHIARA DÍAZ, C.**, *Ley Penal Tributaria y previsional n° 24. 769*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1997.
 - **CHOCLÁN MONTALVO, J-A.**, *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona 2000.
 - **COBO DEL ROSAL, M.**, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid 2000.
 - **COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T-S.**, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
 - **COCCO, G.**, *La bancarotta preferenziale*, Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles 1987.
 - **COELHO SIMOES, P.**, “A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna”, en *Temas de Direito penal económico*, DE FARIA COSTA, J., (Coord), Coimbra Editora, Coimbra 2005.

- **CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.**, en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., (Dir), Trivium, Madrid 1997.
- **CONTI, L.**, “I rischi penali degli operatori d’impresa”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia*, Cedam, Padova 1988.
 - *I Reati Fallimentari*, Utet, Torino 1991.
- **CORCOY BIDASOLO, M.**, *Delitos de peligro y protección de bienes-jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo blanch, Valencia 1999.
- **CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M., (Dir)**, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2004.
- **CORDÓN MORENO, F.**, *Proceso concursal*, Aranzadi, Madrid 2003.
- **CORREIA, E.**, “Introdução ao Direito Penal Econômico”, en *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinarios*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra 1998.
- **COSCULLUELA MONTANER, L.**, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid 2003.
- **DA COSTA ANDRADE, J.**, “O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em Direito Penal. Elemento diferenciador entre o Direito penal econômico e o Direito penal da justiça”, en *Temas de Direito penal econômico*, DE FARIA COSTA, J., (Coord), Coimbra Editora, Coimbra 2005.
- **COUTINHO DE ABREU, J-M.**, “Providencias de Recuperação de Empresas e Falência”, en *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXIV, Coimbra 1998.
- **CRAMER, P.**, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden in Strafrecht*, Berlin-Zurich 1968.
- **CRUZ SANTOS, C.**, “O crime de colarinho branco”, en *Temas de Direito Penal Econômico*, PODVAL, R., (Dir), Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2000.
- **CUELLO CONTRERAS, J.**, “Insolvencias punibles”, en *Cuadernos de política criminal*, nº 67, Madrid 1999.

-
- **CUERDA ARNAU, M-L.**, *Los delitos de atentado y resistencia*, Tirant lo blanch, Valencia 2003.
 - **CUESTA MERINO, J-L.**, “La instrucción en los delitos de insolvencia punible”, en *La instrucción en los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, Consejo General del Poder judicial, Madrid 2005.
 - **CUGAT MAURI, M.**, “El impacto de la nueva Ley Concursal en el delito de quiebra”, en *La Ley*, nº 5932, 2004.
 - **DÍAZ CORRAL, M./ GARCÉS SANAGUSTÍN, M.**, “Fundamentos jurídico- constitucionales de las leyes de estabilidad presupuestaria. Principios y ámbito de aplicación”, en *La estabilidad presupuestaria en el Derecho Español*, GARCÉS SANAGUSTÍN, M., (Dir), Estudios Jurídicos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2004.
 - **DÍAZ ROLDÁN, C.**, “La instrucción en el delito fiscal”, en *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006.
 - **DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, TOMO II**, Espasa, Madrid 2007.
 - **DÍEZ-PICAZO, L.**, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I*, Civitas, Madrid 1996.
 - *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid 1996.
 - **DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid 2001.
 - **DÍEZ RIPOLLÉS, J-L.**, “Exigencias sociales y política criminal”, en *Claves de razón práctica*, nº 85, 1998.
 - “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena” en *Actualidad penal*, nº 1, Madrid 2001.
 - “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Derecho penal y política transnacional*, BACIGALUPO, S/ CANCIO MELIÁ, M., (Coords), Atelier, Barcelona 2005.
 - **ESCUADERO, J-F./ GARCÍA, M.**, *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda pública*, Bosch, Barcelona 1998.

- **ESER, A.**, “Sobre a mais recente evolução do Direito penal econômico alemão”, en *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, ano 12, nº 4, Coimbra Editora, Coimbra 2002.
- **ESTEFANÍA, J.**, *La nueva economía. La globalización*, Ed. Debate, Madrid 1996.
- **FAJARDO GARCÍA, G.**, “Crisi dell’impresa e procedure di risanamento nel diritto spagnolo”, en *Crisi dell’impresa e salvaguardia dell’azienda*, SCHIANO DI PEPE, G., (a cura di), Cedam, Padova 1995.
- **FARALDO CABANA, P.**, *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia 1996.
 - *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo blanch, Valencia 2000.
 - “Falsedades contables en los procedimientos concursales”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, nº III, Madrid 2002.
 - “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos XXIV*, Santiago de Compostela 2004.
 - “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, FARALDO CABANA, P., (Dir), Tirant lo blanch, Valencia 2004.
- **DE FARIA COSTA, J.**, *Direito penal econômico*, Quarteto, Coimbra 2003.
- **DE FARIA COSTA, J./ DA COSTA ANDRADE, M.**, “Sobre a concepção e os principios do Direito penal econômico”, en *Revista de Direito e Economia*, Ano VIII, nº 2, Universidade de Coimbra, Coimbra 1982.
- **FERNÁNDEZ ALBOR, A./ MARTÍNEZ PÉREZ, C.**, *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela, 1983.

-
- **FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.**, *El Administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, Tirant lo blanch, Valencia 2007.
 - **FERNÁNDEZ MARÍN, F.**, *Las liquidaciones tributarias*, Comares, Granada 2000.
 - **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A./ VERDUGO GARCÍA, J.**, “La prueba de la insolvencia en los procedimientos concursales”, en *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006.
 - **FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M-T.**, *Protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid 2000.
 - **FERNÁNDEZ TERUELO, J.**, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid 1998.
 - *Estudios de Derecho Penal Económico*, Dykinson, Madrid 2003.
 - **DE FERRA, G.**, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Giuffré, Milano 2002.
 - **FARRÉ TREPAT, E.**, *La tentativa de delito*, Bosch, Barcelona 1986.
 - **FERREIRA DE ALMEIDA, C.**, “O âmbito de aplicação dos processos de recuperação da empresa e de falência”, en *Revista de Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXVI, Lisboa 1995.
 - **FERRER BARRIENTOS, A.**, “Repercusiones concursales del nuevo Código Penal”, en *Derecho concursal II*, Consejo General del Poder judicial, Madrid 1996.
 - **FIANDACA, G./ MUSCO, E.**, *Diritto Penale. Parte Speciale. Vol. II, Tomo secondo, I delitti contro il patrimonio*, Zanichelli Editore, Bologna 2002.
 - **DE FIGUEIREDO DIAS, J.**, “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito penal económico”, en *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinarios*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra 1998.
 - “Para uma dogmática do Direito penal secundario. Um contributo para a reforma do Direito penal económico social português”, en *Temas de Direito Penal Económico*, PODVAL, R., (Dir), Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2000.

- “Aplicação das penas em Direito penal econômico”, en *Temas de Direito Penal Económico*, PODVAL, R., (Dir), Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2000.
- *Temas Básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal e sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra 2001.
- *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra 2004.
- **DE FIGUEIREDO DIAS, J./ DA COSTA ANDRADE, M.**, “Problemática geral das infracções contra a economia nacional”, en *Temas de Direito Penal Económico*, PODVAL, R., (Dir), Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2000.
- **IORELLA, A.**, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, Nardini Editore, Firenze 1985.
- **FISCHER, T.**, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Verlag CH. Beck, München 2008.
- **FOFFANI, L.**, “Insolvencias punibles y delitos societarios”, en *Eurodelitos. El Derecho Penal Económico de la Unión Europea*, TIEDEMANN, K., (Dir), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003.
- **FOSCHINI, M.**, en *Le procedure concorsuali minori*, GRECO, I., (Coord), Pirola Editore, Milano 1997.
- **FRISCH, W.**, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, MIR PUIG, S./ LUZÓN PEÑA, D-M., (Coord), Bosch, Barcelona 1996.
- **GALAIN PALERMO, P.**, “Sistemas penales comparados. Uruguay”, en *Revista Penal*, nº 19, enero 2007.
- **GALLEGO SÁNCHEZ, E.**, “Calificación del concurso”, en *Aspectos penales de la nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004.

-
- **GALLEGO SOLER, J-I.**, “El bien jurídico penal en los delitos de insolvencia ¿dos modelos de protección enfrentadas?”, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, nº III, Madrid 2002.
 - *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*, (Tesis doctoral), Universidad de Barcelona, 2002.
 - *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia 2002.
 - **GARCÉS SANAGUSTÍN, M.**, “En torno al concepto de estabilidad presupuestaria en España”, en *La estabilidad presupuestaria en el Derecho Español*, GARCÉS SANAGUSTÍN, M., (Dir), Estudios Jurídicos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2004.
 - **GARCÍA ALBERO, R.**, “*Non Bis in Idem*”. *Material y Concurso de Leyes Penales*, Cedens, Barcelona 1995.
 - **GARCÍA CANTIZANO, M-C.**, *Falsedades documentales*, Tirant lo blanch, Valencia 1994.
 - **GARCÍA CAVERO, P.**, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterio de imputación*, Bosch, Barcelona 1999.
 - *Derecho Penal Económico. Parte General*, Ara, Piura 2003.
 - **GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T-R.**, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid 2002.
 - *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Cizur Menor 2006.
 - **GARCÍA GARRIDO, M-J.**, *Derecho privado romano. Casos, acciones e instituciones*, Ediciones Académicas, Madrid 2004.
 - **GARCÍA-TIZÓN LÓPEZ, A.**, (Dir), *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*, Ministerio de Justicia, Madrid 2004.
 - **GARCÍA PÉREZ, O.**, *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona 1997.
 - **GARCÍA SÁNCHEZ, A.**, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, Comares, Granada 2003.
 - **GARCÍA SOLÉ, M.**, *El delito de acusación y denuncia falsas*, Atelier, Barcelona 2002.

- **GARCÍA VILLAVERDE, R./ ALONSO UREBA. A./ PULGAR EZQUERRA. J., (Dir)**, *Derecho concursal*, Dilex, Madrid 2003.
- **GAROFOLI, R.**, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale II*, Giuffré, Milano 2005.
- **GEIS, G.**, “La criminalité économique: aspects criminologiques”, en *Forme di organizzazioni criminali e terrorismo*, FERRACUTI, F., (a cura di), Giuffré, Milano 1988.
 - “El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Criminología*, BUENO ARÚS, F./ KURY, H./ RODRÍGUEZ RAMOS, L./ ZAFFARONI, E-R., (Dir), Dykinson, Madrid 2006.
- **GIANCANI, G-S.**, *Dell Fallimento e della Bancarotta*, Società Editrice del Libro Italiano, Roma 1940.
- **GIL MARTÍNEZ, A.**, “Análisis del nuevo art. 259 del Código Penal. Los actos de disposición patrimonial del concursado tras la admisión del concurso”, en *Aspectos penales de la nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004.
- **GIL PIMENTEL FELGUEIRAS MACHADO, J-M.**, *Da falência em Direito Internacional Privado*, (Tese doutoral), Universidade Portucalense Infante D. Enrique, Porto 2000.
- **GIMBERNAT ORDEIG, E.**, “Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual, en *Política Criminal y Reforma Penal. Libro Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Don Juan del Rosal*, Revista de Derecho privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1993.
- **GIMENO SENDRA, V.**, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid 2004.
- **GIULIANI BALESTRINO, U.**, *La bancarotta e gli altri reati concursuali*, Giuffré, Milano 1999.
- **GÓMEZ BENÍTEZ, J-M.**, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*, Colex, Madrid, 2002.
- **GÓMEZ LANZ, J.**, *La interpretación de la expresión <<en perjuicio de>> en el Código Penal*, Dykinson, Madrid 2006.

-
- **GÓMEZ MARTÍN, F.**, *Ley Concursal e insolvencias punibles*, Comares, Granada 2004.
 - “Insolvencias punibles y Ley Concursal”, en *Estudios de Deusto*, Segunda Época, Vol. 53/1, Bilbao 2005.
 - **GÓMEZ PAVÓN, P.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, en *Cuadernos de Política criminal* nº 64, Madrid 1998.
 - **GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de quiebra*, Tirant lo blanch, Valencia 2000.
 - “Presentación de datos falsos relativos al Estado contable en las insolvencias punibles”, en *Libro Homenaje al Prof. Doc. Barbero Santos*, ARROYO ZAPATERO, L., (Dir), Salamanca y Castilla-La Mancha 2001.
 - “Requisitos básicos del tipo de quiebra”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, nº III, Madrid 2002.
 - “Las insolvencias punibles en las sociedades mercantiles”, en *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, TERRADILLOS BASOCO, J-M./ ACALE SÁNCHEZ, M., (Coord), Trotta, Madrid 2004.
 - “Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, J., (Coord), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo blanch, Valencia 2004.
 - “Ley Concursal e insolvencia punible”, en *Libro Homenaje al Profesor DR. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Elcano 2005.
 - “Los delitos contra el patrimonio en la reforma penal de 2003”, en *Las últimas reformas penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005.
 - **GONZÁLEZ MONTES, J-L.**, *La calificación civil de la quiebra en el proceso civil*, Eunsa, Pamplona 1974.
 - **GONZÁLEZ PASTOR, C-P.**, “La insolvencia punible, modalidades previstas en el Código Penal de 1995, en la reforma del mismo y la incidencia en esta materia de la nueva Ley Concursal”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 3, marzo 2004.

- **GONZÁLEZ RUS, J-J.**, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la propiedad*, Revista de Derecho privado, Madrid 1992.
 - “La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas”, en *Estudios penales y criminológicos XVII*, Santiago de Compostela 1994.
 - “Delitos relativos al mercado y a los consumidores”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ASÚA BATARRITA, A., (Ed), Servicio Editorial del País Vasco, 1996.
 - en *Derecho penal español. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL, M., (Coord), Dykinson, Madrid 2004.
 - en *Derecho penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M., (Coord), Dykinson, Madrid 2005.
- **GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, LAMARCA PÉREZ, C., (Coord), Colex, Madrid 2005.
- **GRACIA MARTÍN, L.**, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I*, Zaragoza, 1985.
 - *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de un apersona jurídica por delitos especiales*, Bosch, Barcelona 1986.
 - “Instrumentos de imputación jurídico-formal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, en *Actualidad Penal*, nº 16, 1993.
 - “¿Qué es la modernización del Derecho penal?”, en *La ciencia del Derecho penal en el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Doc. Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid 2002.
 - *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo blanch, Valencia 2003.
- **GUALANDI, L.**, en *Diritto Fallimentare*, MAFFEI ALBERTI, A., (Coord), Monduzzi Editore, Bologna 2002.
- **GUGLIELMUCCI, L.**, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, G. Giappichelli Editore, Torino 2001.
- **GUINARTE CABADA, D.**, “El concurso medial de delitos”, en *Estudios penales y criminológicos XIII*, Santiago de Compostela 1988-1989.

-
- **HASSEMER, W.**, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, en *Revista penal*, Año 1, nº 1, Praxis, Huelva- Salamanca y Castilla- La Mancha 1998.
 - **HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F.**, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia 1989.
 - *Responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant lo blanch, Valencia 1995.
 - **HEFENDEHL, R.**, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag KG., Köln-Berlin-Bonn-München 2002.
 - “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, HEFENDEHL, R., (Ed), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2007.
 - **HERRERA CUEVAS, E.**, *Manual de la Reforma Concursal*, Europa de Derecho, Madrid 2004.
 - **HIGUERA GUIMERÁ, J-F.**, “Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Doc. Tordo López*, CERESO MIR, J./ SUÁREZ MONTES, R-F./ BERISTAIN IPIÑA, A./ ROMEO CASABONA, C-M., (Des), Comares, Granada 1999.
 - **HIRSCH, H-J.**, *Derecho Penal. Obras Completas*, Tomo II, Rubizal-Culzono Editores, Buenos Aires 2000.
 - **HUERGO LORA, A.**, *Las pretensiones de condena en el Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Elcano 2000.
 - **HUERTA TOCILDO, S.**, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid 1980.
 - “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Doc. Torío López*, CERESO MIR, J./ SUÁREZ MONTES, R-F./BERISTAIN IPIÑA, A./ ROMEO CASABONA, C-M., (Eds), Comares, Granada 1999.
 - **HORMAZÁBAL MALARÉE, H-M.**, “Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema

- penal español”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. Tiedemann*, Serie de Derecho público, Madrid 1995.
- **IORIO, A./ JACOVACCI, A.**, *I reati societari e fallimentari*, Maggioli Editore, Rimini 1996.
 - **JAKOBS, G.**, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, W de G, Berlin-Nueva York 1993.
 - “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 20, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000.
 - **JAÉN VALLEJO, M.**, “Las insolvencias punibles”, en *Cuadernos de política criminal* nº 58, Madrid 1996.
 - **JESCHECK, H-H./ WEIGEND, T.**, *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada 2002.
 - **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G-J.**, *Derecho mercantil*, Barcelona 2002.
 - **JIMÉNEZ SAVURINO, C.**, *La nueva regulación concursal*, Colex, Madrid 2004.
 - **JORDANA DE POZAS, L.**, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., (Dir), Trivium, Madrid 1997.
 - **JORGE BARREIRO, A.**, “El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos”, en *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003.
 - **JOSHI JUBERT, U.**, “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1992.
 - **JUANATEY DORADO, C.**, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo blanch, Valencia 1997.
 - **KAISER, G.**, *Introducción a la criminología*, Dykinson, Madrid 1998.
 - **KARLG, W.**, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, ROMEO CASABONA, C-M., (Dir), Comares, Granada 2000.

-
- **LACRUZ BERDEJO, J-L.**, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, Dykinson, Madrid 2003.
 - **LA MONICA, M.**, en *Compendi Giuridici. Diritto Fallimentare*, LO CASCIO, G., (Coord), Ipsoa, 1996.
 - en *Dizionario dei Reati contro l'economia*, MARINI, G./ PTERNITI, C., (a cura di), Giuffré, Milano 2000.
 - **LANDROVE DÍAZ, G.**, *Las quiebras punibles*, Barcelona 1970.
 - **LASARTE, C.**, *Principios de Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2006.
 - *Principios de Derecho Civil. Tomo III, Contratos*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2006.
 - *Principios de Derecho Civil. Tomo IV, Propiedad y Derechos reales de goce*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2006.
 - **LASCURAÍN SÁNCHEZ, J-A.**, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann*, Estudios jurídicos, Madrid 1995.
 - **LAURENZO COPELLO, P.**, *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Tirant lo blanch, Valencia 2001.
 - **LETE DEL RÍO, J-M.**, *Derecho de Obligaciones. Vol. II. El contrato en general. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid 1998.
 - **LETE DEL RÍO, J-M./ LETE ACHIRICA, J.**, *Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Elcano 2005.
 - **LO MONTE, E.**, “Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica: tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, Cedam, Padova 1998.
 - **LONGHI, S.**, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Società Editrice Libreria, Roma-Milano- Napoli 1930.
 - **LOPES DE ALMEIDA, A./ LOPES DO REGO, C./ DA FONSECA, G./ MARQUES BORGES, J./ VARGES GOMES,**

- M.**, *Crimes contra o património em geral. Notas ao Código Penal. Artigos 313º a 333º*, Rei dos Livros, Lisboa 1983.
- **LÓPEZ GARRIDO./ GARCÍA ARÁN, M.**, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996.
 - **LORENZO SALGADO, J-M.**, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, BOIX REIG, J., (Dir), Iustel, Madrid 2008.
 - **LOZANO ARAGÜÉS, R.**, *Manual de contabilidad para juristas*, Ibidem, Madrid 1994.
 - **LUZÓN PEÑA, D-M.**, *Curso de Derecho Penal*, Universitas, Madrid 1996.
 - **MAGRO SERVET, V.**, *Guía práctica y casuística de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, La Ley, Madrid 2002.
 - “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, en *Aspectos penales de la nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004.
 - **MALAFIA, J.**, “A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do Código Penal”, en *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, ano 11, nº 2, Coimbra Editora, Coimbra 2001.
 - **MANGANO, P.**, “Impresa e bene giuridico nei reati fallimentari”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia*, Cedam, Padova 1994.
 - *L’impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Cedam, Padova 1998.
 - *Disciplina penale del fallimento*, Giuffré, Milano 2003.
 - **MANZANARO SALINES, J.**, “La calificación del concurso”, en *Aspectos penales de la nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004.
 - **MAPELLI CAFFARENA, B.**, “Consideraciones en torno a los delitos contra la propiedad industrial”, en *La ciencia del Derecho penal en el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Doc. Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid 2002.

-
- **DE LA MATA BARRANCO, N-J.**, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, PPU, Barcelona 1994.
 - **MATA Y MARTÍN, R.**, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada 1997.
 - **MARTÍN CONTRERAS, L.**, *La tasación de costas*, Comares, Granada 2002.
 - **MARTÍN PASTOR, J.**, en *Derecho Procesal Civil*, ORTELLS RAMOS, M., (Dir), Aranzadi, Cizur Menor 2007.
 - **MARTÍN QUERALT, J./ LOZANO SERRANO, C./ POVEDA BLANCO, F.**, *Derecho Tributario*, Aranzadi, Elcano 2004.
 - **MARTÍNEZ PÉREZ, C.**, *El delito fiscal*, Montecorvo, Madrid 1982.
 - **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, “El bien jurídico protegido en el delito de defraudación tributaria”, en *Estudios penales y criminológicos XVIII*, Santiago de Compostela 1995.
 - *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social*, Tecnos, Madrid 1995.
 - “La protección penal de los consumidores en el ámbito de los delitos socio-económicos en el proyecto de Código Penal de 1994”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Universidad de Valencia, Valencia 1997.
 - “El delito de defraudación tributaria”, en *Revista penal*, Año 1, nº 1, Praxis, Huelva- Salamanca y Castilla-La Mancha, 1998.
 - *Derecho Penal Económico. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia 1998.
 - “Imputación subjetiva”, en *Derecho Penal Económico*, Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001.
 - “La concepción significativa de la acción de T-S Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en *Libro Homenaje al Prof. Doc. Barbero Santos*, ARROYO ZAPATERO, L., (Dir), Salamanca y Castilla-La Mancha 2001.

- *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo blanch, Valencia 2001.
 - *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 2002.
 - “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales”, en *La ciencia del Derecho penal en el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Doc. Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid 2002.
 - “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, *Estudios penales y criminológicos XXIV*, Santiago de Compostela 2004.
 - “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, OCTAVIO DE TOLEDO, E./ GURDIEL SIERRA, M./ CORTÉS BECHIARELLI, E., (Coord), Tirant lo blanch, Valencia 2004.
 - “Prólogo” al libro colectivo *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, FARALDO CABANA, P., (Dir), Tirant lo blanch, Valencia 2004.
 - “El nuevo delito de insolvencia concursal del art. 260 del CP tras la Nueva Ley Concursal”, en *Libro Homenaje al Profesor DR. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Elcano 2005.
 - *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 2005.
 - *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia 2007.
- **MARTOS NUÑEZ, J-A.**, *Derecho Penal Económico*, Montecorvo, Madrid 1987.
 - **MAURACH, R.**, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, Karlsruhe 1969.
 - **MAURACH, R./ SCHROEDER. F-C./ MAIWALD, M.**, *Strafrecht Besonderer Teil*, C.F Müller Verlag, 2003.
 - **MAZA MARTÍN, J-M.**, “Las insolvencias punibles”, en *Empresa y Derecho I*, Consejo General del Poder judicial, Madrid 1999.

-
- **MENDOZA BUERGO, B.**, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid 2001.
 - **MENGHINI, A.**, “I Reati Fallimentari in Spagna”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’economía*, Cedam, Padova 2003.
 - **MENÉNDEZ MORENO, A.**, (**Dir**), *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Lex Nova, Valladolid 2005.
 - **MERKEL, A.**, *Derecho Penal, Tomo II*, Analecta Editorial, Pamplona 2003.
 - **MESTRE DELGADO, E.**, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, LAMARCA PÉREZ, C., (Coord), Colex, Madrid 2005.
 - “Un nuevo marco de referencia para las insolvencias punibles”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 3, Marzo 2004.
 - **MESTRE LÓPEZ, J.**, *El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes*, Bosch, Barcelona 1986.
 - **MIR PUIG, S.**, *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona 2004.
 - **MIR PUIG, S./ GALLEGO SOLER, J-I.**, “Responsabilidad civil derivada de los alzamientos de bienes”, en *Dogmática y Derecho penal, Tomo II, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ ZUGALDÍA ESPINAR, J-M., (Coord), Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2004.
 - **MINISTERIO DE JUSTICIA.**, *Proyecto de ley orgánica del Código Penal*, Secretaria general técnica centro de publicaciones, Madrid 1992.
 - **MOLETI, S.**, en *Le procedure concorsuali minori*, GRECO, I., (Coord), Pirola Editore, Milano 1997.
 - **MOLINA FERNÁNDEZ, F.**, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona 2001.
 - **MOLINER, M.**, *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid 1999.
 - **MONTANER FERNÁNDEZ, R.**, *Cuestión empresarial y atribución de responsabilidad penal individual. A propósito de la gestión medioambiental*, (Tesis doctoral), Universidad Pompeu Fabra, 2007.

- **MONTERO AROCA, J.**, en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J-L./ MONTÓN REDONDO, A./ BARONA VILAR, S., Tirant lo blanch, Valencia 2005.
- **MONTOYA MELGAR, A., (Coord)**, *Curso de Seguridad Social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid 2000.
 - *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2004.
- **MORENO CÁNOVES, A./ RUIZ MARCO, F.**, *Delitos socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza 1996.
- **MORENO CHAMARRO, I.**, *Delitos societarios*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2005.
- **MORENO VERDEJO, J.**, en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, SERRANO BUTRAGUEÑO, I., (Coord) Comares, Granada 1998.
 - “El tratamiento de las insolvencias en el nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, Expansión, nº 2, Madrid 1996.
- **MORÓN LERMA, E.**, *El secreto de Empresa: Protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Elcano 2002.
- **MOYA JIMÉNEZ, A.**, *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Bosch, Barcelona 2007.
- **MUÑOZ CONDE, F.**, “Autonomía del alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines” en *Cuadernos de política criminal*, nº 2, Madrid 1977.
 - “La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia”, en *Cuadernos del Poder Judicial, nº especial IX: Nuevas formas de delincuencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1986.
 - “Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”, en *Revista penal*, Año 1, nº 1, Praxis, Huelva- Salamanca y Castilla-La Mancha, 1998.

-
- “El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes”, en *Empresa y Derecho II*, Consejo General del Poder judicial, Madrid 1999.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 1999.
 - *El delito de alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona 1999.
 - *Teoría General del Delito*, Tirant lo blanch, Valencia 2004.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 2004.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 2007.
 - **MUÑOZ CUESTA, J.**, “Posturas jurisprudenciales divergentes sobre el alzamiento de bienes previsto en el art. 257.1.2º del Código Penal”, en *Repertorio de Jurisprudencia*, nº 30, Aranzadi, Elcano 2006.
 - **NARVÁEZ BERMEJO, M-A.**, “La autonomía del derecho penal y del derecho mercantil en el nuevo delito de insolvencia punible del artículo 260 del nuevo Código Penal”, *Actualidad penal*, nº 29, Madrid 1997.
 - **NAVARRO, G-R.**, *Insolvencia Fraudulenta*, Ed. Jurídicas Cuyo, Buenos Aires 2004.
 - **NIETO MARTÍN, A.**, “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, en *Actualidad penal*, nº 40, Madrid 1996.
 - *El delito de quiebra*, Tirant lo blanch, Valencia 2000.
 - “Sistemas penales comparados. España”, en *Revista Penal*, nº 19, enero 2007.
 - **NUNES DE CARVALHO, A.**, “Reflexos laborais do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência”, en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXVII, nº 1-2-3, Lex Edições Jurídicas, Lisboa 1995.
 - “Reflexos laborais do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência, Conclusão”, en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXVII, nº 4, Lex Edições Jurídicas, Lisboa 1995.

-
- **NÚÑEZ CASTAÑO, E.**, *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo blanch, Valencia 2000.
 - **NUVOLONE, P.**, *Il Diritto Penale del Fallimento*, Giuffré, Milano 1955.
 - **OCAÑA RODRÍGUEZ, A.**, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, Colex, Madrid 1997.
 - *Transmisiones de bienes fraudulentas. Aspectos civiles y penales de la estafa impropia*, Colex, Madrid 1998.
 - *El delito de insolvencia punible del art. 260 del CP a la luz del nuevo Derecho concursal: aspectos penales y civiles*, Tirant lo blanch, Valencia 2005.
 - **DE OLIVEIRA ASCENSAO, J.**, “Insolvência: efeitos sobre os negocios em curso”, en *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Lisboa 2005.
 - **DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES, M./ CARRILHO DE SIMAS SANTOS, M-J.**, *Código Penal*, Vol. II, Rey dos Libros, Lisboa 1996.
 - **ORTELLS RAMOS, M.**, en *Derecho Procesal Civil*, ORTELLS RAMOS, M., (Dir), Aranzadi, Cizur Menor 2007.
 - **ORTELLS RAMOS, M./ SÁNCHEZ, R-J./ CAMARA RUIZ, J.**, *Derecho Procesal. Introducción*, Edisofer, Madrid 2006.
 - **OTERO LASTRES, J-M./ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ DE LA CRUZ BÉRTOLO, J-M./ROGEL VIDE, C.**, *Aspectos de la nueva Ley Concursal -concursos, créditos, administradores, jueces-*, Colección de Derecho concursal, Escuela Galega de Administración pública, Madrid 2004.
 - **OTTO, H.**, “Reschsgutbegriff und Deliktbestand”, en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Carl H. Verlag, Köln 1971.
 - *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, W de G, Berlin- New York 2000.
 - **PAGLIARO, A.**, *Il delitto di bancarotta*, Palermo 1957.
 - “Problemi attuali del Diritto penale fallimentare”, en *Revista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia*, Cedam, Padova 1988.

-
- **PAJARDI, P./ FORMAGGIA TERNI DE'GREGORJ, I.**, *I reati fallimentari. La responsabilità penali dell' imprenditore nelle procedure di crisi*, Pirola Editore, Milano 1994.
 - **PAJARDI, P.**, *Manuale de Diritto Fallimentare*, Giuffré, Milano 2002.
 - **PALAZZO, F-C./ PALIERO, C- E.**, *Commentario breve alle Leggi Penali Complementari*, Cedam, Padova 2003.
 - **PALMA, M-F.**, “Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal”, en *Revista de Faculdade de Direito da Univesidade de Lisboa*, Vol. XXXVI, Lisboa 1995.
 - **PALMA HERRERA, J-M.**, *Los actos copenados*, Dykinson, Madrid 2004.
 - **PALOMAR OLMEDA, A., (Dir)**, *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004.
 - **PARADA, R.**, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2003.
 - **PAREDES CASTAÑÓN, J-M.**, “Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes”, en *El nuevo Código Penal: Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRTAS, F., (Coords), Aranzadi, Pamplona 2001.
 - “La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de Derecho penal económico”, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, nº 12, Aranzadi, Madrid 2004.
 - **PASTORE, F.**, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1993.
 - **PEDRAZZI, C.**, “El bien jurídico en los delitos económicos”, en *La reforma penal: Los delitos socioeconómicos*, Ed. de Barbero Santos, Sección de publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid 1985.
 - **PEDRAZZI, C./ ALESSANDRI, A./ FOFFANI, L./ SEMINARA, S./ SPAGNOLO, G.**, *Manuale di Diritto Penale dell'impresa*, Munduzzi Editore, Bologna 2003.
 - **PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J./ SEOANE SPIEGELBERG, J-L.**, *Derecho Procesal Civil*, Tórculo, Santiago de Compostela 2006.

- **PÉREZ PELLICER, A.**, en *Estafas y Falsedades. Análisis jurisprudencial*, BOIX REIG, J., (Dir), Iustel, Madrid 2005.
- **PÉREZ ROYO, F.**, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de estudios fiscales, Madrid 1986.
 - *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Civitas, Elcano 2005.
- **PINTO FURTADO, J.**, “Perspectivas e tendências do moderno Direito da falência”, en *Revista da Banca*, nº 11, Lisboa 1989.
- **PONSAERS, P./ RUGGIERO, V.**, (Dir), *La criminalite economique et financiere en Europe*, L’Harmattan, Paris 2002.
- **PRADEL, J./ DANTI-JUAN, M.**, *Droit Pénal Spécial. Droit Commun. Droit des affaires*, Editions Cujas, Paris 2007.
- **PRATS CANUT, J-M.**, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir)/ MORALES PRATS, F., (Coord), Aranzadi, Cizur Menor 2007.
- **PRITTWITZ, C.**, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, ARROYO ZAPATERO, L./ NEUMANN, U./ NIETO MARTÍN, A., (Coord), Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca 2003.
- **PROSDICIMI, S.**, “Tutela del credito e tutela dell’impresa nella bancarotta prefallimentare”, en *Revista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia*, Cedam, Padova 1999.
- **PUENTE ABA, L-M.**, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Tirant lo blanch, Valencia 2002.
- **PUIG BRUTAU, J.**, *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho General de Obligaciones*, Bosch, Barcelona 1988.
- **PUNZO, M.**, *Il delitto di Bancarotta*, Editrice Torinese, Torino 1953.
- **QUERALT JIMÉNEZ, J-J.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, Bosch, Barcelona 1996.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona 2002.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona 2008.

-
- **QUINTANO RIPOLLÉS, A.**, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal II*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid 1977.
 - **QUINTERO OLIVARES, G.**, *El alzamiento de bienes*, Editorial Praxis, Barcelona 1973.
 - “La polémica presencia del Derecho penal en los problemas concursales”, *Revista de Derecho penal y criminología*, 1998.
 - “Las insolvencias punibles en el Derecho penal español”, en *Derecho Penal Económico*, Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001.
 - *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid 2004.
 - en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir)/ MORALES PRATS, F., (Coord), Aranzadi, Elcano 2002.
 - en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir)/ MORALES PRATS, F., (Coord), Aranzadi, Cizur Menor 2007.
 - **QUINTERO OLIVARES, G./ CAVANILLAS MÚGICA, S./ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.**, *La responsabilidad civil <<ex delicto>>*, Aranzadi, Elcano 2002.
 - **RAGEL SÁNCHEZ, L-F.**, *Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Librería Técnica Universitaria, Cáceres 1997.
 - **RAGONESI, V.**, *Manuale di Diritto e Pratica Fallimentare*, Pirola Editore, Milano 1994.
 - **RAMOS RUBIO, C.**, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, en *Partida Doble*, nº 69, 1996.
 - **RAMOS VÁZQUEZ, J-A.**, “Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, FARALDO CABANA, P., (Dir), Tirant lo blanch, Valencia 2004.
 - **DOS REIS BRAVO, J.**, *A tutela penal dos interesses difusos*, Coimbra Editora, Coimbra 1997.

- **REY GONZÁLEZ, C.**, “El delito de alzamiento de bienes en el Código Penal vigente”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 5, Madrid 1995.
- **RIQUERT, M-A.**, *Cuestiones de Derecho Penal y Procesal Penal Tributario*, Ediar, Buenos Aires 1999.
- **RINCÓN RINCÓN, J-E.**, “Sistemas penales comparados. Venezuela”, en *Revista Penal*, nº 19, enero 2007.
- **ROBB, G.**, *White-collar Crime in modern England*, Cambridge University Press, Glasgow 1992.
- **ROBLEDO VILLAR, A.**, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Bosch, Barcelona 1997.
- **ROBLES PLANAS, R.**, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2003.
 - *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona 2007.
- **ROCCO, A.**, *Il Fallimento: teoria generale e origine storica*, Giuffré, Milano 1962.
- **RODRÍGUEZ DEVESA, J-M./ SERRANO GÓMEZ, A.**, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid 1994.
- **RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J-M.**, *El Derecho penal en la actividad económica*, Ed. Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires 2000.
- **RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.**, *Derecho Administrativo Patrimonial*, Bosch, Barcelona 2005.
 - *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona 2008
- **RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.**, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de estudios Judiciales, Madrid 1994.
 - *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, MacGrawHill, Madrid 1997

-
- **RODRÍGUEZ MOURULLO, G.**, “Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción”, en *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, A Coruña 1998.
 - “Acerca de las insolvencias punibles”, en *Dogmática y Derecho penal, Tomo II, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, ZUGALDÍA ESPINAR, J-M./ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., (Coord), Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2004.

 - **RODRÍGUEZ RAMOS, L.**, “Aspectos Generales de los delitos societarios”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ASÚA BATARRITA, A., (Ed), Servicio Editorial del País Vasco, 1996.

 - **RODRÍGUEZ RAMOS, L., (Coord)**, *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid 2007.

 - **ROIG TORRES, M.**, *El delito de atentado*, Aranzadi, Cizur Menor 2004.

 - **DEL ROSAL BLASCO, B.**, “Las insolvencias punibles a través del análisis del alzamiento de bienes”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1994.
 - “Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995”, en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., (Dir), *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, Colección cursos y congresos nº 45, Servicio de publicaciones de la Universidad de A Coruña, A Coruña 1998.

 - **DO ROSARIO EPIFANIO, M.**, *Leis da Insolvência e da Recuperação das Empresas*, Almedina, Coimbra 2004.

 - **ROVELLI, R.**, *Reati Fallimentari*, Giuffré, Milano 1952.

 - **ROVELLI, L.**, “La crisi dell’impresa fra tutela del credito e interessi generali”, en *Crisi dell’impresa e salvaguardia dell’azienda*, SCHIANO DI PEPE, G., (a cura di), Cedam, Padova 1995.

 - **ROXIN, C.**, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid 2001.

 - **DE LA RÚA MORENO, J-L.**, “Análisis del nuevo art. 260 del Código Penal en el ámbito de las insolvencias punibles”, en *Aspectos penales de la nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004.

- **RUBIO LARA, P-A.**, *Parte Especial de Derecho penal económico español*, Dykinson, Madrid 2006.
- **RUGGIERO, V.**, “La criminalité d’affaires et la criminalité en Europe, en *La criminalite economique et financiere en Europe*, P/ RUGGIERO, V., (Dir), L’Harmattan, Paris 2002.
- **RUIZ MARCO, F.**, *La tutela penal del derecho de crédito*, Dilex, Madrid 1995.
- **RUIZ VADILLO, E.**, *Los delitos contra el orden socioeconómico*, Escuela Judicial, Madrid 1981.
- **SALVADOR CODERCH, P./ SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, *Simulación de deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas, Madrid 1999.
- **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Instituciones de Derecho mercantil*, Vol II, McGrawHill, Madrid 2003.
- **SÁNCHEZ MELGAR, J., (Coord)**, *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Sepín Editorial jurídica, Madrid 2004.
- **SÁNCHEZ TOMÁS, J-M.**, en *Derecho Penal. Parte Especial II*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1997.
- **SANTAMARÍA PASTOR, J-A.**, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid 2002.
- **SANTORIELLO, C.**, *I reati di Bancarotta*, Giappichelli Editore, Torino 2000.
- **SANZ MULÁS, N.**, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Colex, Madrid 2000.
- **SEGRERA TIZÓN, J-M.**, *El Derecho concursal en el nuevo Código Penal*, Revista general de derecho, Valencia 1998.
- **SEOANE SPIEGELBERG, J-L.**, “El delito de defraudación tributaria”, en *Temas de Derecho penal tributario*, GARCÍA NOVOA, C./ LÓPEZ DÍAZ, A., (Coords), Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2000.

-
- **SERRA, C.**, “A crise da empresa, os trabalhadores e a falência”, en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLIII, Verbo Postal, Lisboa 2002.
 - **SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J-L.**, “Quiebra, concurso y suspensión de pagos mediante el alzamiento de bienes” en *Cuadernos de Política criminal*, Madrid 1998.
 - *Delitos contra la Hacienda Pública*, Edersa, Madrid 2002.
 - **SERRANO PIEDECASAS, J-R.**, “Consideraciones en torno a la protección penal del Know How”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, XLIII, 1990.
 - **SCHÜNEMANN, B.**, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y política criminal de la empresa”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1988.
 - “Prólogo”, en *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, GRACIA MARTÍN, L., Tirant lo blanch, Valencia 2003.
 - *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, FD Editor, Buenos Aires, 2004.
 - **SHOVER, N.**, “El delito de cuello blanco: una cuestión de perspectiva”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Criminología*, BUENO ARÚS, F./ KURY, H./ RODRÍGUEZ RAMOS, L./ ZAFFARONI, E-R., (Dir.), Dykinson, Madrid 2006.
 - **SILVA FRANCO, A.**, “Globalização e criminalidade dos poderosos”, en *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, ano 10, nº 2, Coimbra Editora, Coimbra 2000.
 - **SILVA SÁNCHEZ, J-M.**, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Madrid 1992.
 - “La comisión por omisión”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ASÚA BATARRITA, A., (Ed), Servicio Editorial del País Vasco, 1996.
 - “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, en *Empresa y Delito en el nuevo Código Penal II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997.

- *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo blanch, Valencia 1999.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid 2001.
- “¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”, en *InDret* (www.indret.com), Barcelona 2001.
- “Hermanos, pero no <<primos>>. Los delitos patrimoniales y el alcance de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal. Una crítica a la doctrina del Tribunal Supremo”, en *La Ley*, nº 5318, 2001.
- **SOLA RECHE, E.**, *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada 1996.
- **SOLAZ SOLAZ, E.**, “Análisis del nuevo art. 261 del Código Penal. La articulación de falsedades en la contabilidad para la declaración del concurso”, en *Aspectos penales de la Nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo del poder judicial, Madrid 2004.
- **SOTO NIETO, F.**, “La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes”, en *La Ley*, nº 4, 2001.
 - “Alzamiento de bienes. Aspectos varios de su dinámica delictiva”, en *La Ley*, nº 4, 2002.
- **SOTO VÁZQUEZ, R.**, *Quiebra y concurso de acreedores*, Comares, Granada 1994.
- **SOUTO GARCÍA, E-M.**, “Problemática concursal en torno al delito de presentación de datos contables falsos del art. 261 del CP. Especial referencia a sus relaciones con el delito de falsedad en documento de la sociedad”, *Anuario de Derecho Penal*, Nº 9, Servicio de publicaciones de la Universidad de A Coruña, A Coruña 2006.
- **STAMPA BRAUM, J-M./ BACIGALUPO ZAPATER, E.**, *La reforma del Derecho penal económico*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1980.
- **SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J.**, “Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1994.

-
- en *Comentarios al Código Penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., (Dir)/ JORGE BARREIRO, A., (Coord), Civitas, Madrid 1997.
 - en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, BAJO FERNÁNDEZ, M., (Dir), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1998.
 - “Falsedad ideológica y tipicidad penal”, en *Derecho Penal y Empresa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.
 - **TEDESCHI, G-U.**, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Cedam, Padova 2001.
 - **TÉLLEZ AGUILERA, A.**, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid 2005.
 - **TERRADILLOS BASOCO, J-M.**, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid 1995.
 - “Delitos contra el orden socioeconómico. Los nuevos delitos societarios”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ASÚA BATARRITA, A., (Ed), Servicio Editorial del País Vasco, 1996.
 - “Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 10 de junio de 1999”, en *Revista de Derecho Social*, nº 9 Ed. Bomarzo, 2000.
 - *Empresa y Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires 2001.
 - en ARROYO ZAPATERO, L./ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ FERRÉ OLIVÉ, J-C./ GARCÍA RIBAS, N./ SERRANO PIEDECASAS, J-R./ TERRADILLOS BASOCO, J-M., (Dir), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid 2007.
 - **TIEDEMANN, K.**, “Der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1975.
 - *Poder económico y delito*, Ariel Derecho, Barcelona 1985.
 - “Wirtschaftsstrafrecht: sein Umfang und seine Bedeutung für Strafrecht und Wirtschaft”, en *Revista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia*, Cedam, Padova 1988.
 - *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, Barcelona 1993.

- *Estudios de Derecho Penal Económico*, Colección de Estudios, Castilla-La Mancha 1994.
- *Insolvenz-Strafrecht*, W de G, Berlin-New York 1996.
- **TRILLO NAVARRO, J-P.**, *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica*, Dykinson, Madrid 2008.
- **TRUJILLO CALZADO, M-I.**, en *Derecho patrimonial civil*, MORENO QUESADA, B./ BUSTOS VALDIVIA, C./ TRUJILLO CALZADO, M-I., Comares, Granada 2006.
- **URÍA, R.**, *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid 2002.
- **VAELLO ESQUEDO, E.**, “Consideraciones en torno al alzamiento de bienes” en *Actualidad Penal*, nº 1, Madrid 1999.
 - *Las consecuencias jurídicas del delito*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante 2006.
- **VALLE MUÑIZ, J-M.**, *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona 1989.
 - en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir)/ MORALES PRATS, F., (Coord), Aranzadi, Cizur Menor 2007.
- **VALLE MUÑIZ, J-M./ QUINTERO OLIVARES, G.**, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir)/ MORALES PRATS, F., (Coord), Aranzadi, Cizur Menor 2007.
- **VALLE MUÑIZ, J-M./QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F.**, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir)/ MORALES PRATS, F., (Coord), Aranzadi, Cizur Menor 2007.
- **VÁZQUEZ- PORTOMEÑE SEIJAS, F.**, *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*, INAP-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 2003.
- **DE VICENTE REMESAL, J.**, “Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público: delimitación y cuestiones concursales. Comentario a la STS de 14 de julio de 1989”, en *La Ley*, 1990.

-
- **VIDALES RODRÍGUEZ, C.**, “Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales”, en *Estudios penales y criminológicos XXI*, Santiago de Compostela 1998.
 - **VILADAS JENÉ, C.**, *Los delitos de quiebra. Realidad jurídica y norma penal*, Bosch, Barcelona 1982.
 - **VILHENA DE FREITAS, L.**, “A autoliquidação: contributo para uma análise da sua natureza jurídica”, en *Ciência e técnica fiscal*, nº 405, Centro de estudos e apoio ás políticas tributárias, Boletim da administração Geral Tributária, 2002.
 - **VILLACAMPA ESTIARTE, C.**, *La falsedad documental: Análisis Jurídico-penal*, Cedens, Barcelona 1999.
 - **VITALONE, V.**, *Il concordato preventivo*, Il sole 24 Ore, Milano 2000.
 - **VIVES ANTÓN, T-S./GONZÁLEZ CUSSAC, J-L.**, *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo blanch, Valencia 1998.
 - en *Derecho Penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN, T-S./ ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J-C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L./ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Tirant lo blanch, Valencia 2004.
 - **WASSMER, M-P.**, “Sistemas penales comparados. Alemania”, en *Revista Penal*, nº 19, enero 2007.
 - **WELZEL, H.**, *Das Deutsche Strafrecht. Ein Systematische Darstellung*, 11ª ed., Berlin 1969.
 - **YÁÑEZ VELASCO, R.**, *La nueva Ley Concursal: Concurso de acreedores y Derecho penal*, Grupo difusión, Barcelona 2006.
 - **YZQUIERDO TOLSADA, M.**, “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 57, enero-marzo 2006.
 - **ZUGALDÍA ESPINAR, J-M.**, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal Iure, Ávila 1988.
 - “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal”, en *Jornadas sobre el*

nuevo Código Penal de 1995, ASÚA BATARRITA, A., (Ed),
Servicio Editorial del País Vasco, 1996.

- *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia 2004.