



TESIS

PARA OPTAR AL GRADO DE

MAGÍSTER EN DERECHO PENAL

TEMA:

“TRATAMIENTO PENAL DEL CONTRATO SIMULADO”

Tesista: Iván Millán Gutiérrez

2011

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
---------------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

El contrato simulado como modalidad de comisión de delitos y no como delito independiente	15
--	----

I. Introducción	17
-----------------------	----

II. Consideraciones previas	19
-----------------------------------	----

III. La doctrina nacional sobre la naturaleza del contrato simulado punible...	20
--	----

1.- Teorías Unitarias.....	21
----------------------------	----

2.- Teorías de la Identidad	23
-----------------------------------	----

3.- El Anteproyecto de Código Penal de 2005	25
---	----

IV. La doctrina extranjera sobre la naturaleza del contrato simulado punible	28
--	----

1.- Doctrina argentina.....	28
-----------------------------	----

2.- Doctrina española	30
-----------------------------	----

V. Nuestra posición: el contrato simulado como modalidad de comisión de distintos delitos y no como delito autónomo	36
---	----

1.- La ausencia de tipificación de la simulación contractual punible no implica necesariamente la atipicidad de la conducta	38
---	----

2.- No existe una figura básica de referencia para el otorgamiento de contrato simulado punible	40
---	----

3.- Rol del otorgamiento de contrato simulado en otras figuras punibles donde no está expresamente regulado.....	44
--	----

CAPÍTULO SEGUNDO

El Delito del Artículo 466 del Código Penal. Otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores como modalidad comisiva de insolvencia punible..... 47

I. Origen 49

1.- El tratamiento de las “Defraudaciones” en el Código penal español de 1848 49

2.- La discusión de las “Defraudaciones” en la Comisión Redactora 52

3.- Análisis crítico del delito 57

II. El delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores en el derecho comparado 61

III. Características generales del delito del inciso 2° del artículo 466 del Código Penal 63

1.- La discusión en la doctrina nacional..... 63

2.- Nuestra posición..... 67

a) El delito no exige la quiebra del deudor no comerciante..... 67

b) La insolvencia como expresión del perjuicio en el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores . 72

3. El Bien Jurídico..... 77

IV. Dogmática del delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores 78

A. Tipicidad Objetiva 78

1.- El Sujeto Activo 78

a) Consideraciones Generales..... 78

b) Autoría 81

c) Participación..... 88

2.- El Sujeto Pasivo 90

3.- La Relación Jurídica ObligatoriaL.....	92
a) El tipo de obligación previa.....	93
b) El estado en que ha de hallarse la obligación previa.....	96
4.- El Objeto Material	100
a) El Contrato.....	101
b) Bienes pertenecientes al deudor	103
5.- Conducta Típica.....	104
a) Otorgamiento.....	104
b) La Simulación	107
6.- La Insolvencia.....	116
7.- El Elemento Subjetivo	119
B. Tipicidad Subjetiva.....	122
1.- Dolo	122
2.- Imprudencia	127
D.- Causas de Justificación.....	128
E.- Culpabilidad.....	129
a) Imputabilidad.....	129
b) Causales de Exculpación.....	130
F.- Consecuencias Jurídicas	130
a) Penalidad.....	130
b) Íter Criminis.....	131
c) Diferencias con figuras afines y concursos	131
c.1) Con el delito de estafa	131
c.2) Con el delito de alzamiento de bienes	133
c.3) Con la presunción de quiebra fraudulenta	134
c.4) Con el delito de depositario alzado.....	135
d) Excusa legal absoluta de parientes	137

CAPÍTULO TERCERO

El Delito del Artículo 471 N° 2. Otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro como modalidad comisiva de defraudación 139

I. Origen	141
II. Naturaleza del delito del artículo 471 N° 2.....	143
1.- La discusión en la doctrina.....	143
1.1.- El delito como Estafa Impropia	143
1.2.- El delito como Estafa propiamente tal.....	144
1.3.- El delito como Fraude impropio	148
2.- El Contrato Simulado como modalidad de defraudación: fraude por engaño y/o por abuso de confianza. Nuestra posición.....	153
2.1 El Contrato Simulado como Fraude por Engaño.....	155
2.2 El Contrato Simulado como Fraude por Abuso de Confianza ..	165
2.3 Conclusiones.....	169
III. El delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro en el derecho comparado.....	170
IV. El Bien Jurídico.....	171
V. Dogmática del Delito	174
A. Tipicidad Objetiva.....	174
1. El sujeto activo	174
2. El Sujeto Pasivo	176
3. El Objeto material. El contrato.....	177
4. Conducta típica.....	178
a) El otorgamiento.....	178
b) La simulación	178
5. El Perjuicio	181

a) El rol del perjuicio	181
b) El perjuicio debe ser real y efectivo	185
B. Tipicidad Subjetiva	198
C. Antijuricidad	199
D. Culpabilidad	199
E. Consecuencias Jurídicas	199
a) La penalidad	199
b) Íter criminis.....	203
c) Diferencias con figuras afines y concursos	204
c.1) Con el delito de estafa	204
c.2) Con el delito de falsedad	209
d) Excusa legal absolutoria	210
BIBLIOGRAFÍA.....	213

PRESENTACIÓN

El otorgamiento de contratos simulados constituye una de las muchas modalidades a través de las cuales puede defraudarse el patrimonio ajeno, dando cuenta de un espacio de injusto que justifica y exige su descripción y punibilidad en la legislación penal. Al mismo tiempo, la versatilidad estructural de la figura y el amplio espectro de casos en que puede presentarse ha llevado al legislador a incorporarla en varios tipos legales, generando las naturales dificultades de inteligencia al tiempo de calificar correctamente los supuestos de hecho en que se presenta.

El objetivo del presente trabajo es precisamente contribuir a una aplicación integral y coherente de los tipos legales asociados al otorgamiento de contratos simulados, proponiendo criterios de solución a las dificultades de incardinación que pueden presentarse.

Para ello el Capítulo Primero propone una caracterización común de todas aquellas figuras penales relacionadas al otorgamiento de contratos simulados, para indagar sobre las vinculaciones que presentan entre sí. Yendo contra la opinión generalizada de que todos estos delitos se encuentran ligados girando alrededor de una figura delictual genérica, representada en nuestro país por el artículo 471 N° 2 del Código Penal, se sostendrá que en realidad los distintos tipos penales que consagran como acción típica el otorgamiento de contratos simulados, no son sino modalidades de comisión de otras figuras delictivas, tales como la estafa o la insolvencia punible, de modo que resulta estéril procurar resolver los problemas concursales solo desde el prisma aislado de los delitos que contienen la simulación.

A partir de dicha premisa, en el Capítulo Segundo se analiza la figura penal del artículo 466 inc. final, al que se define como una modalidad de insolvencia punible. Su análisis más pormenorizado rescata desde su origen y del derecho comparado su caracterización como un delito de mera actividad, gobernado por la exigencia subjetiva de procurar el perjuicio de los

acreedores del deudor no comerciante, pero sin exigir la producción de un resultado material, sino uno meramente jurídico correspondiente a la insolvencia del deudor, pero en ningún caso su quiebra. Dentro de sus elementos más específicos se relevan las dificultades que para su aplicabilidad reviste su calidad de delito especial propio, consecuencia de la condición de deudor no comerciante que debe ostentar el autor del delito, exigencia esta que, junto a la de quiebra que aparece sugerida por parte de la doctrina, le vuelven un delito de escasa aplicación.

Finalmente el Capítulo Tercero analiza el delito del artículo 471 N° 2, definido por el texto como una modalidad comisiva de defraudación. Los énfasis en este caso están puestos en las diferencias que presenta el delito con la estafa, y especialmente en la exigencia de un perjuicio real y efectivo para su consumación, lo que permite excluir su aplicación para un supuesto de casos habitualmente resueltos como delitos del artículo 471 N° 2 por la jurisprudencia, erróneamente a nuestro juicio, correspondientes a los contratos simulados otorgados por los deudores comerciantes en perjuicio de sus acreedores, causando o no su propia insolvencia.

Además de los aspectos realizados precedentemente, en el trabajo se abordan los requisitos comunes que presentan las distintas figuras punibles de otorgamiento de contratos simulados, especialmente el objeto material del delito, esto es, el contrato y qué alcances puede dársele, y la simulación contractual que es la que da los caracteres más propios a estas figuras.

Este trabajo es de naturaleza predominantemente dogmática y exegética, arrancando sus discusiones más centrales del examen de la doctrina existente sobre el particular y de la escasa jurisprudencia que pudo encontrarse, sobre todo en nuestro país. Como tal, la pretensión del autor ha estado lejos de procurar agotar el tema, limitándose más bien a la más modesta tarea de entregar puntos de referencia y soluciones posibles a

problemas que nuestra experiencia forense nos ha demostrado son de alta ocurrencia, pero que no encuentran, al menos en la literatura nacional, una dedicación digna de la atención que a nuestro juicio merece el tema.

CAPÍTULO PRIMERO

El contrato simulado como modalidad de comisión de delitos y no como delito independiente

I. INTRODUCCIÓN

En nuestra legislación el otorgamiento de contrato simulado con consecuencias penales se presenta en varias figuras penales: como otorgamiento en perjuicio a terceros figura en el Título relativo a las “Estafas y otros engaños” del Código Penal en su artículo 471 N° 2; como otorgamiento en perjuicio de los acreedores respecto del deudor no comerciante en el Título relativo a las “Defraudaciones”, artículo 466 inc. 2°; como reconocimiento de deudas supuestas y suposición de enajenaciones, con perjuicio de sus acreedores, respecto del deudor calificado fallido en el artículo 220 N°s. 2 y 3 del Libro IV del Código de Comercio; como actos simulados o aparentes ejecutados con el propósito de perjudicar al alimentario en la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias; finalmente, como simulación de operaciones tributarias para obtener devoluciones de impuestos que no correspondan, en el artículo 97 N° 4 inciso 3° del Código Tributario.

En el derecho comparado la punición del contrato simulado en perjuicio se aplica para casos más menos análogos a los contemplados en el Código Penal chileno, como ocurre con la legislación penal argentina, uruguaya y mexicana. En estos ordenamientos se siguen esquemas parecidos al nuestro, aunque en ciertos casos con diferencias puntuales pero relevantes, como ocurre con el Código punitivo argentino que castiga la figura general de otorgamiento de contrato simulado cuando se perjudica a terceros en general¹, pero cuando los perjudicados son acreedores la figura penal solo se extiende al deudor quebrado y al concursado civil².

¹ Artículo 173. Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: N° 6: El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos.

² Artículo 176. Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus

Existen también otros sistemas en que se castiga la figura básica de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de terceros, como forma de estafa propiamente tal o como estafa impropia, pero sin un correlato directo en otros ámbitos como en el de la insolvencia. Así ocurre con el derecho penal español³.

Finalmente, y reconocido que la figura en comento es de origen netamente hispánico⁴, existen otros ordenamientos que no tienen allí su fuente donde lisa y llanamente no se trata penalmente el otorgamiento del contrato simulado.

Cabe preguntarse entonces a qué se debe tan dispar tratamiento. Fundamentalmente, qué habrá detrás de esta figura que se la comprende en términos amplios en algunas legislaciones y en otras legislaciones en forma restringida, e incluso en otras se la ignora por completo.

Y en aquellos casos en que se sanciona en distintos tipos la simulación de contrato en perjuicio, ¿cuál es la relación de todas esas figuras entre sí?, ¿existe una figura básica general y otras especiales?. En fin ¿existe un delito básico de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio del que se desprendan otras figuras, que son recogidas por algunas legislaciones y por otras no, o que al interior de algunos ordenamientos penales sean recogidas para algunos ámbitos específicos y para otros no?.

Y la concurrencia de estas figuras al interior de un mismo ordenamiento, como en nuestro país ¿constituye un concurso aparente de

acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes: 1. Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas.

Artículo 179. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176.

³ Artículo 251. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años: 3º) El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

⁴ DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. El Delito de Contrato Simulado. Santiago, Editorial Jurídica Conosur. 1992. p. 8

leyes penales o un concurso ideal de aquellos en que un mismo hecho es constitutivo de dos ó más delitos?.

La respuesta a estas interrogantes obliga a dilucidar un tema que debe ocupar un rol central en la discusión. Se trata de la naturaleza del tratamiento penal del contrato simulado, esto es, si las características que comparten estas figuras permiten identificar en el “otorgamiento de contrato simulado en perjuicio” una categoría ontológica con entornos definidos, una figura penal básica con variadas expresiones en distintos ámbitos, que representa un espacio de antijuridicidad que debe ser abordado por el legislador y que, de no existir, necesariamente debe ser cubierto punitivamente para áreas específicas del derecho penal patrimonial a fin de evitar lagunas de impunidad.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

Ante todo, ha de tenerse en cuenta que el otorgamiento de un contrato simulado como tal no es necesariamente constitutivo de delito, ni siquiera es un acto inevitablemente ilícito o antijurídico desde la perspectiva del derecho común. Pudiendo obedecer a propósitos lícitos y hasta loables en algunos casos -como la modestia y reserva de un filántropo- la celebración de un contrato simulado se inserta plenamente dentro de las posibilidades que otorga la autonomía de la voluntad a las personas, no solo para obligarse en los términos que les parezcan útiles a sus intereses, limitado solo por las normas de orden público, la moral y las buenas costumbres, sino que también para revestir sus manifestaciones de voluntad de las apariencias que les parezcan adecuadas.

En fin, el otorgamiento de contratos simulados como tal no es ilícito tampoco desde la perspectiva penal sino en los casos en que específicamente la ley les da tal carácter, en cuyo caso se acompaña el

otorgamiento de exigencias adicionales como la de “actuar en perjuicio de otro”, o bien producir dolosamente determinados efectos, sobre todo patrimoniales, ya sea el Fisco, particulares, el alimentario, etc.

Más allá incluso, en materia penal ni siquiera se castiga simplemente la mentira. Esto porque no se hace extensiva a los particulares -como sí ocurre con ciertos funcionarios públicos- una obligación jurídicamente exigible de decir la verdad, salvo en ámbitos específicos donde la falta a la verdad puede importar la afectación de bienes jurídicos de relevancia, como la recta administración de justicia, el correcto funcionamiento de los mercados o el patrimonio.

III. LA DOCTRINA NACIONAL SOBRE LA NATURALEZA DEL CONTRATO SIMULADO PUNIBLE

En nuestro país, al tratar la concurrencia de las figuras penales asociadas al contrato simulado contenidas en el Código Penal, es habitual que se asigne al delito del artículo 471 N° 2, esto es, al otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro, la calidad de figura general y residual, de modo que a ella han de ser remitidos aquellos casos de contratos simulados en perjuicio que no calzan dentro de las figuras especiales. Llamaremos a las opiniones que atribuyen el carácter de general al delito del artículo 471 N° 2 “teorías unitarias”, en cuando reconocen en los demás delitos asociados al contrato simulado no más que derivaciones especiales de aquel.

Otras opiniones en cambio reconocen a cada uno de estos delitos una identidad específica, sin referencia a una figura general de la cual derivarían. Es por ello que las identificaremos como “teorías de la identidad”.

1.- Teorías Unitarias

En opinión de ETCHEBERRY⁵, el delito del otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores, del artículo 466, exige que el deudor se encuentre en quiebra, pues de otra manera nada diferenciaría la figura de aquella del artículo 471 N° 2. Dicho de otro modo, el delito del artículo 466 es el mismo del artículo 471 N° 2, pero agravado cuando el sujeto activo es un deudor no comerciante que ha provocado su insolvencia y ha sido declarado en quiebra.

Para LABATUT, comete delito el deudor no dedicado al comercio que otorgare contrato simulado en perjuicio de los acreedores conforme el artículo 466; en los demás casos, el que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado comete estafa, de acuerdo al artículo 471 N° 2 del Código Penal. Este último delito comprendería todos los otros casos en que la simulación perjudica a terceros, sin considerar la calidad personal del culpable y sin que por ello el simulador se coloque en estado de insolvencia voluntaria. En definitiva, “la comparación de ambas disposiciones permite concluir que entre ellas existe una relación de género a especie”⁶.

GARRIDO⁷ halla la diferencia entre las disposiciones de los artículos 466 y 471 N° 2 en la calidad de los sujetos que intervienen en los delitos, ya que en aquel del artículo 466 el sujeto es *especial*, porque debe tener la calidad de deudor de aquellos en cuyo perjuicio se celebra el acto simulado, que han de ser sus acreedores, en tanto que el delito reglado en el art. 471 N° 2 es un delito común, que puede ser realizado por personas que no requieren tener una calidad especial o particular.

⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial, Tomo IV, 3ª. Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 387, 390, 442

⁶ LABATUT, Gustavo Derecho Penal, Tomo II. 6ª. Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 242

⁷ GARRIDO, Mario Derecho Penal Parte Especial Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 386

Según DEL RÍO⁸, los contratos simulados, además de las consecuencias civiles que pueden acarrear, están sometidos a sanción de acuerdo al artículo 466 cuando se trata de un deudor insolvente no comerciante, y de acuerdo con el artículo 471 N° 2 en los demás casos. Tratándose del deudor comerciante que reconoce deudas supuestas o supone enajenaciones, con perjuicio de sus acreedores, se le presume de derecho⁹ quebrado fraudulento en los casos de quiebra, quedando en los demás casos sujeto a la disposición del artículo 471 N° 2.

Para DIEZ¹⁰ el Código Penal ampara a todo tercero en el artículo 471 N° 2, y a terceros que tienen la calidad de acreedores en el artículo 466.

VALENZUELA¹¹ advierte que no puede afirmarse que los artículos 466 inciso 2° y 471 N° 2 tengan idéntico contenido, es decir, que se refieran a una misma materia o contemplen una misma figura delictiva. Sostiene que la órbita de acción del artículo 466 es específica y limitada, pues el autor debe reunir la calidad de deudor no comerciante que perjudica a sus acreedores al simular insolvencia, mientras que la del Art. 471 es general y amplia pues sanciona a cualquiera que cause un perjuicio a tercero al otorgar contrato simulado con este propósito. Ambas figuras difieren en sus elementos específicos hasta el punto de constituir hechos diversos, motivo por el cual se les asignó penas distintas. Un delito es general, el de simulación de contrato, y el otro especial, el de insolvencia simulada.

Agrega que el legislador pudo considerar una opción diferente, consignando solo la disposición del artículo 471 N° 2, la que sería “de por sí comprensiva de todas las situaciones que pudieren originarse de una

⁸ DEL RIO, J. Raimundo Derecho Penal, Tercer Tomo. Santiago, Editorial Nascimento, 1935. pp. 472 y ss.

⁹ Conforme la nomenclatura de la Ley N° 4.558

¹⁰ DÍEZ, Raúl. Contrato Simulado Estructura Civil y Penal Teoría Jurídica y Práctica Forense. Nueva Ed. Actualizada. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995. p. 218

¹¹ VALENZUELA, Mario. De la Simulación de Contrato. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad Católica, 1954. p. 27

simulación”. Tal habría sido el caso de la legislación española de entonces, en que el artículo 532 N° 2¹² del Código Penal contemplaba una disposición en todo igual a la de nuestro artículo 471, no obstante el artículo 519¹³, que trataba del alzamiento de bienes, no hacía mención al caso de simulación contemplado en nuestro artículo 466. A partir de lo anterior y haciendo referencia siempre al derecho español, concluía que el ya citado artículo 532 N° 2 debería aplicarse a todos los actos simulados que fueren en perjuicio de terceras personas, sin importar su carácter o el de los simuladores o la forma del fraude, mientras que del delito de alzamiento del artículo 519 habría de excluirse el empleo de simulación.

Reconoce, sin embargo, que no fue ésa la posición seguida por la jurisprudencia española, la que teniendo en cuenta “que uno de los medios más frecuentes de alzamiento, ocultación o insolvencia maliciosa es la simulación de contratos” terminó comprendiendo dentro del concepto del alzamiento punible, entre otras modalidades, “la venta simulada o fraudulenta del mismo ... siempre que la finalidad perseguida sea la de evitar el pago de acreedores legítimos, y de hecho se haya quedado insolvente por tal modo el deudor”. Sin embargo apunta la paradoja de que al mismo tiempo y en numerosísimas sentencias, los tribunales españoles comprendieron dentro del artículo 532 N° 2 “la insolvencia voluntaria en que se ha colocado un deudor con el fin de burlar los legítimos derechos de sus acreedores”.

2.- Teorías de la Identidad

RIVACOB¹⁴ asigna una singular estructura al delito de otorgamiento de contrato simulado, el que importaría dos variedades o funciones, una

¹² Artículo 532: Incurrirá en las penas señaladas en el artículo precedente: 2.º El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado

¹³ Artículo 519. El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, será castigado.

¹⁴ DE RIVACOB^A, Manuel op. cit., p. 105

como estafa y otra en que el contrato simulado hace imposible la exigencia eficaz del cumplimiento de una obligación civil. A partir de allí ubica nuestro artículo 466 en la última de las modalidades mencionadas, estimando su tipificación algo “redundante y perturbador” pues para castigar esta hipótesis en relación con los acreedores sería suficiente, como ocurre en el derecho español, con la invocación del delito de alzamiento de bienes.

Junto con reconocer en este delito una patente diferencia en estructura y gravedad respecto del “tipo básico” (nuestro 471 N° 2), derivada de la mayor reprobación que merece defraudar a un acreedor que a un extraño, concluye afirmando que con esta disposición se evita el concurso del tipo básico con el alzamiento de bienes. Sin embargo, al ostentar la misma penalidad y no ser respecto del alzamiento más que una “simple modalidad particularizada por el medio empleado”, la disposición es redundante y superflua.

Incluso finaliza su obra observando que la agregación del delito de otorgamiento de contrato simulado en nuestro artículo 466 obedece a un criterio puramente histórico y a una interpretación acabadamente literal y muy propia de la mentalidad que prevalecía en la época en que se gesta el Código, conforme la cual no se incluyó el otorgamiento de contrato simulado dentro de las demás modalidades del inciso 1° del artículo, esto es, la ocultación, dilapidación y enajenación maliciosa. Para no dejarle fuera del tipo, se le mencionó por separado, dando a entender que su omisión no habría dejado impunes las conductas por él descritas, ya que pueden entenderse abarcadas por las demás figuras del artículo 466, con su misma penalidad.

BASCUÑÁN¹⁵ asigna también un significado diverso a las distintas expresiones del otorgamiento de contrato simulado punible, cuyo tratamiento

¹⁵ BASCUÑÁN, Antonio. Delitos contra Intereses Instrumentales. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez N° 1 (2004). pp. 341-345

por el legislador lo estima “anómalo”. Indica que “por una parte, constituye una hipótesis de insolvencia punible”, refiriéndose a las presunciones de quiebra fraudulenta de los artículos 2°, 3° y 16° del artículo 220 de la ley 18.175 (hoy Libro IV del Código de Comercio) y al artículo 466 inciso 2° del Código Penal respecto del deudor civil. Y “por otra parte, aparece tipificado como figura desligada de los delitos concursales en el artículo 471 N° 2 del Código Penal”, al que una consideración sistemática le asignaría como objeto de protección uno análogo al de variadas hipótesis que fragmentariamente protegen ciertas situaciones crediticias específicas”, de modo que el “otro” en esta última disposición debe ser un acreedor titular de un derecho particular y concreto, análogo en su significación patrimonial al derecho del acreedor que ha obtenido la traba de un embargo, o del acreedor prendario de prenda sin desplazamiento o del vendedor de cosa mueble a plazo. Tal sería el caso de un acreedor de una obligación de especie o cuerpo cierto, respecto de contratos simulados que inciden precisamente sobre el objeto de la prestación debida.

3.- El Anteproyecto de Código Penal de 2005

Finalmente, en este sucinto repaso de la doctrina nacional cabe mencionar la forma en que el contrato simulado ha sido tratado en el Anteproyecto de Código Penal de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal, trabajo que si bien no ha generado actividad legislativa alguna, alcanza un indudable valor doctrinal pues representa la opinión autorizada de los más destacados penalistas nacionales en la actualidad.

En el Anteproyecto no se incorporó una figura análoga al actual 471 N° 2, esto es, el otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro, dentro del Título donde se esperaría encontrarla, el N° VIII sobre “Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio”. Especialmente notoria es su ausencia

en el Párrafo 7 relativo a la Estafa, desde que a esta se la define asumiendo el concepto consolidado hoy en día tanto en el derecho como en la doctrina y jurisprudencia: “El que con ánimo de lucro y mediante engaño suficiente para provocar error en otro, obtenga que éste realice una disposición patrimonial con perjuicio propio o de tercero”¹⁶.

Lamentablemente no existe constancia explícita de las razones que tuvo en cuenta la Comisión para esta omisión. Solo se menciona el radical cambio que opera respecto del delito de estafa actualmente vigente, al abandonar el abigarrado casuismo heredado del Código Penal español de 1848 y sustituirlo por la fórmula general antes transcrita, decisión desde la cual arranca la supresión de las figuras específicas que corresponden a la misma estructura y que no ameritan un tratamiento penológico diverso. Se citan al efecto algunas disposiciones del Código vigente que sufren esa suerte, sin hacer mención al artículo 471 N° 2, aunque perfectamente podía contársele entre las suprimidas por dicho motivo.

Menos compleja para estos efectos resulta la forma en que se concibe el delito de administración fraudulenta (art. 161¹⁷), pues al describirse la conducta de forma genérica, sin hacer referencia a medios específicos de comisión, perfectamente puede albergar en su interior el otorgamiento de contratos simulados como medio para perjudicar a otro disponiendo de su patrimonio por parte de quien abusa de sus facultades generales o específicas de administración.

¹⁶ Si el engaño ha necesariamente ha de recaer en “otro”, que producto de su error realiza la disposición patrimonial, claramente los perjuicios patrimoniales provocados a través del otorgamiento de contratos simulados quedarían fuera de la norma pues es consustancial a su estructura que el autor no engañe ni haga incurrir en error alguno a la víctima ni a un tercero, ninguno de los cuales efectúa una disposición patrimonial producto del error en que se encontraría. Más aun, la víctima se mantiene al margen del otorgamiento del contrato falaz y aparente, no obstante es su patrimonio el que se ve afectado producto de mantener una relación jurídica previa con uno de los contratantes.

¹⁷ Art. 161. El que (con ánimo de lucro y) con abuso de sus facultades generales o específicas de administración perjudique a otro disponiendo de su patrimonio será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

Respecto de delitos cometidos por el deudor, el párrafo 4° del Título XIII, relativo a las “insolvencias punibles”, castiga conductas en caso de quiebra ya declarada o desde que al menos concurren los requisitos para declararla. En tales eventos se contempla una figura genérica que pune al deudor que en perjuicio de sus acreedores ocasione o agrave su insolvencia mediante una operación que disminuya su activo o aumente su pasivo. Para el deudor que no se encuentre en los casos anteriores y en el evento de insolvencia inminente o quiebra ya declarada, se tipifican las conductas de ocultamiento total o parcial de sus bienes y haberes, la realización de operaciones manifiestamente perjudiciales y, en general, los actos de disposición sobre su patrimonio después de declarada la quiebra.

La falta de referencia explícita en todos los casos mencionados a la celebración de contratos simulados, como sí lo hacen hoy los números 2 y 3 del artículo 220 del Libro IV del Código de Comercio, evidencian que se entendió comprendida la conducta de otorgar contratos simulados dentro de aquellas ya citadas: disminución del activo, ocultamiento de bienes, operaciones perjudiciales y actos de disposición del patrimonio, lo que volvía innecesario incluir las disposiciones hoy vigentes.

Finalmente, en el párrafo 5° del mismo Título XIII, relativo a “Otros delitos del deudor”, se incluye una disposición general que castiga al deudor que no se encuentra en quiebra ni en quien concurren los requisitos para decretar tal estado. Este delito hace las veces del actual artículo 466 en cuanto resulta fácilmente identificable en él las conductas de alzamiento de bienes, ya que sanciona al deudor ya señalado que se pone en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones mediante el ocultamiento de sus bienes o el otorgamiento de contratos simulados sobre los mismos¹⁸.

¹⁸ No existe constancia de la discusión del anteproyecto en esta parte relativa a las insolvencias punibles y los otros delitos del deudor, al menos en la versión que se encuentra disponible a través de la Internet

IV. LA DOCTRINA EXTRANJERA SOBRE LA NATURALEZA DEL CONTRATO SIMULADO PUNIBLE

1.- Doctrina argentina

La doctrina argentina presenta especial valor para el presente estudio desde que, como se ha explicado, la legislación de ese país considera de forma análoga al nuestro, aunque con algunos matices, un delito de otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado o falsos recibos (173 N° 6) en el Capítulo dedicado a “Estafas y otras defraudaciones”, y otro de simulación o suposición de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas, tanto para el quebrado (176 N° 1), como para el no comerciante concursado civilmente (179).

En la revisión de la doctrina de los autores consultados en ese país aparece unánimemente la consideración de todas estas normas como figuras autónomas, sin vínculo relacional alguno de especialidad o subsidiariedad entre ellas, de modo que cada una tiene un específico ámbito que no concurre a llenar las eventuales lagunas que podrían dejar las demás.

SOLER¹⁹ se remonta al origen de estas normas recordando que el Código de 1887²⁰, que contenía en su artículo 203 N° 12 un delito análogo al actual 173 N° 6 (otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado o falsos recibos), castigaba también en el artículo 200 al deudor que se alzaba con sus bienes, los ocultaba, enajenaba maliciosamente y simulaba créditos en fraude de sus acreedores, sin exigir insolvencia. Una disposición similar a esta última se consideraba en el Proyecto de 1891, referida al deudor civil no concursado, pero que luego desaparecerá para siempre en el Proyecto de

¹⁹ SOLER, Sebastián Derecho Penal Argentino, Tomo IV. 10ª. Reimpr. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina. p. 411

²⁰ Primer Código Penal con vigencia en ese país a nivel nacional (LEVAGGI, Abelardo. Historia del Derecho Penal Argentino. Buenos Aires, Editorial Perrot. pp. 187 y ss.)

1906. Tal referencia histórica hace concluir al autor que el simple traspaso simulado de bienes para substraerlos a la acción de los acreedores, sin que medie concurso, no se entiende abarcado por el actual artículo 173 N° 6, y sólo se encontraría cubierto por el delito del actual artículo 179 N° 2 en la hipótesis específica allí contemplada, esto es -en lo que nos interesa- la desaparición maliciosa de bienes y la disminución maliciosa del patrimonio cometida por el autor durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, frustrando el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles²¹.

DONNA²², al hacer presente que en el delito de otorgamiento de contrato simulado del artículo 173 N° 6 debe existir una relación jurídica entre uno de los otorgantes y el perjudicado, advierte que el mero traspaso simulado con el objeto de frustrar la efectividad de las ejecuciones de los acreedores o del cumplimiento de obligaciones en general, se halla fuera del tipo referido, residiendo dicha hipótesis normalmente dentro de la insolvencia fraudulenta, esto es, en los tipos de los artículos 176 y 179.

CREUS²³, al analizar el artículo 173 N° 6, es de opinión similar a la de DONNA en cuanto a que las simulaciones que tienen por objeto frustrar la efectividad de las ejecuciones de los acreedores en procura del pago de sus créditos o del cumplimiento de las obligaciones civiles en general, caben dentro de los límites del Capítulo V referido a los “Quebrados y otros deudores punibles”, y normalmente en la insolvencia fraudulenta del art. 179. Pero por otra parte, observa que en muchos supuestos del art. 173 N° 6 se estará en presencia de un administrador infiel, sancionado como tal en el N°

²¹ SOLER, Sebastián op. cit. p. 511

²² DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial Tomo II-B. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2001. p. 398

²³ CREUS, Carlos Derecho Penal Parte Especial, Tomo I. 6ª. Ed., 1ª. Reimpr. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998. p. 488

7 de la misma disposición²⁴, pero cuando el acto de administración infiel se expresa en una de las simulaciones enunciadas por el N° 6, este desplaza la figura del art. 173 N° 7. Vemos aquí que excepcionalmente se considera al otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro como figura especial respecto de la administración desleal.

2.- Doctrina española

Para el examen de la doctrina española ha de tenerse presente que su legislación trata del delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro en su actual artículo 251 N° 3 (532 N° 2 antes de la vigencia del actual Código Penal de 1995, en el que conservó la misma redacción), pero no hace otro tanto a propósito de los delitos que protegen el derecho de crédito del o los acreedores.

Respecto a estos últimos, el actual Capítulo VIII, relativo a “Las insolvencias punibles”, contempla los delitos de alzamiento y otros delitos relativos a las quiebras, concursos y suspensiones de pagos. La antigua Sección 1ª. del Capítulo IV del Título XIII, referida al “alzamiento de bienes, quiebra, concurso e insolvencia punibles” contemplaba los delitos de alzamiento de bienes en perjuicio de sus acreedores, y aquellos asociados a la quiebra y concurso fraudulentos y culpables. En ninguno de estos delitos, ni antes ni ahora, se hace una referencia al menos explícita al otorgamiento de contrato simulado como delito específico en perjuicio de los acreedores, sin perjuicio de las similitudes que se aprecian con las disposiciones sí descritas por el legislador en este ámbito.

²⁴ “Artículo 173.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: 7º. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos”

MUÑOZ CONDE²⁵ señala que la inclusión del delito del artículo 251 N° 3 entre las estafas sólo puede comprenderse si se considera que el otorgamiento del contrato simulado es una conducta engañosa que de algún modo va dirigida a alguien (“otro”) ajeno a los contratantes. Si, por el contrario, el sujeto pasivo del contrato simulado es el acreedor de uno de los contratantes, tal simulación será, en principio, una forma de alzamiento de bienes. Precisamente lo que distingue a este último delito del otorgamiento de contrato simulado, además de la falta del engaño previo, son los distintos sujetos pasivos: acreedor en el alzamiento, no acreedor en los otros delitos²⁶.

Nos interesa rescatar especialmente de la opinión de este autor la circunstancia de que si la principal diferencia existente entre los delitos de otorgamiento de contrato simulado del 251 N° 3 y el alzamiento del 257 N° 1 se encuentra en los distintos sujetos pasivos, acreedor y no acreedor, se asume que en lo demás las conductas son análogas, o al menos que la acción de “otorgar un contrato simulado en perjuicio” de acreedores, de todos modos se encuentra comprendida dentro de las hipótesis comisivas del delito de alzamiento.

A su vez, en su obra específicamente referida al delito de alzamiento de bienes²⁷, el mismo MUÑOZ CONDE tiene la oportunidad de analizar el otorgamiento de contrato simulado precisamente desde la perspectiva del delito de alzamiento antes señalado, a fin de pronunciarse sobre la autonomía entre ambas figuras. Para dichos efectos hace presente que la acción típica, esto es “alzarse”, superada la acepción histórica de “ocultarse con sus bienes” que algún día tuvo²⁸, debe ser entendida con más propiedad

²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco Derecho Penal Parte Especial, 11ª. Edición. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1996. p. 374

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco op. cit. p. 401

²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. Barcelona, Editorial Bosch, 1971. p. 88

²⁸ Esta acepción histórica, ya olvidada al menos en ese país, es la que llevó a que en el Código de 1848 el alzamiento de bienes del artículo 443 se regulara en paralelo a la “insolvencia punible” del deudor no dedicado al comercio “por ocultación ó enagenacion maliciosa de sus bienes”, del artículo 448,

como “insolventarse”, es decir, “que el deudor, sujeto activo, a través de la realización de esta acción trata de evadirse al cumplimiento de sus obligaciones, en definitiva, trata de no pagar a sus acreedores”. De este modo, “lo de menos es la forma o modalidad con que se realice la acción, que puede ser de lo más variado, lo decisivo es el hecho que se produce a través de la realización de la conducta “alzarse” o “insolventarse”: la insolvencia”.

La acción típica del alzamiento no contempla medios legalmente determinados de comisión, lo que no impide agrupar a varios de ellos en dos categorías: la ocultación material y la ocultación sirviéndose de medios jurídicos. Estos últimos, en su modalidad de disminución del activo, pueden conseguirse por diversos procedimientos, dentro de los cuales el autor identifica la “enajenación simulada”²⁹.

Se entiende entonces que “si se considera que éste (el sujeto pasivo) en el otorgamiento de contrato simulado debe ser acreedor de uno de los que lo otorgan, tal simulación no puede ser otra cosa que *una modalidad del alzamiento*, es decir, un alzamiento de bienes”. En cambio, si el otro no es acreedor sino cualquier persona a la que por la apariencia que engendra el contrato simulado (engaño previo) se le induce a realizar un acto de disposición que le es perjudicial, se está ante un supuesto de estafa.

Se reconoce de esta forma un concurso de leyes, donde primará el delito de alzamiento de bienes por ser “*lex specialis*” respecto del otorgamiento de contrato simulado, que restaría en una “mera modalidad

del mismo modo que lo hace nuestro Código Penal hasta el día de hoy en el inciso 1° del artículo 466. No obstante tal delito de “insolvencia punible” en ese país fue eliminado en el Código Penal de 1870, reapareciendo pero solo por poco tiempo en el Código de 1928

²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., pp. 116 y ss.; BAJO, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal Económico. Madrid, Editorial Ramón Areces, 2001 p. 373

comisiva” del alzamiento. Tal posición aparece avalada por la jurisprudencia de ese país³⁰.

MARTÍNEZ-BUJÁN³¹, en su monografía también dedicada al alzamiento de bienes, opina que en aquellos casos en que la conducta de alzarse con los bienes en perjuicio de los acreedores se realiza a través del otorgamiento de contrato simulado, doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que se está en presencia de un conflicto aparente de normas penales donde la opinión dominante hace prevalecer la norma del alzamiento (257), ya sea como ley especial, ley consumidora o simplemente por aplicación del principio de alternatividad, considerando para esto último que el alzamiento lleva aparejada mayor pena.

Para BAJO³², el otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de un acreedor es propiamente un delito de estafa, solo que se genera un concurso de leyes con el delito de alzamiento de bienes del artículo 257, donde esta última norma opera como ley subsidiaria, aplicable solo cuando no lo sea la principal, esto es, el 251 N° 3, que trata del otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro.

VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC³³ son categóricos en señalar que todo alzamiento de bienes por medios jurídicos implica el otorgamiento en perjuicio de tercero de contrato simulado, produciéndose entre ambas figuras un concurso de leyes, en que si el contrato simulado determina la insolvencia y se lleva a cabo en perjuicio de los acreedores se resolverá a favor del delito de alzamiento en virtud del principio de consunción impropia. En definitiva, el delito del artículo 251.3 ha de reservarse para los casos en

³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., p. 88

³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos Cuestiones Fundamentales del Delito de Alzamiento de Bienes. Estudios Penales y Criminológicos N° 24 2002-2003, pp. 493 y ss.

³² BAJO, Miguel. “Los Delitos de Estafa en el Código Penal”. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009. pp.164; BAJO, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. op. cit. p. 378

³³ VIVES, Tomás y GONZÁLEZ, José. Los Delitos de Alzamiento de Bienes. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998. p. 91

que el tercero perjudicado no sea un acreedor afectado por la aparente insolvencia.

Una posición especial es la que explica RIVACOBAS³⁴. Utilizando la tipificación del delito en distintas legislaciones, especialmente los códigos penales español y chileno, concluye que “el otorgamiento de contrato simulado comprende dos delitos de caracterización y naturaleza jurídica bien diversas”. Se trata por una parte de un verdadero delito de estafa, aquel de los artículos 532 N° 2 del Código Penal español (hoy 251 N° 3) y 471 N° 2 de nuestro Código Penal, allá como figura especial pero sometida a la misma penalidad que el tipo básico, y acá como un tipo privilegiado, el único con tal carácter entre las estafas, salvo las faltas. Este delito, al que “se lo encontrará contadas veces en la vida jurídica”, sigue la estructura básica de las estafas, ya que la simulación provoca un error en la víctima, determinando de su parte una disposición patrimonial.

La segunda de las variedades del contrato simulado y la más frecuente en cambio, es aquella en que este hace imposible la exigencia eficaz del cumplimiento de una obligación civil, después que la víctima efectuó la disposición patrimonial o aun cuando no la hubiese efectuado. Se trataría en este caso de una defraudación también por engaño, pero distinta de la estafa, pues en este caso aquél no fue determinante para el obrar de la víctima, a la que no se causa error alguno, sino que solo se causa una “impresión falsa de inexistencia de una obligación civil de contenido económico, o de carencia de recursos” para evitar el cumplimiento.

El autor ni siquiera asocia este delito al de alzamiento de bienes, sino que lo hace al de entrega fraudulenta. Seguramente tiene presente para ello, al igual que MERA³⁵, que “el engaño exigido en la figura de entrega fraudulenta se refiere a la entrega de las cosas, esto es, a la ejecución de la

³⁴ RIVACOBAS, Manuel op. cit. pp. 60 y ss.

³⁵ MERA, Jorge. Fraude Civil y Penal El Delito de Entrega Fraudulenta. 2ª. Edición. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1994. p. 234

prestación adeudada”, de modo que “el momento de la presentación del engaño es, pues, el del cumplimiento de la obligación, y no aquél en que ésta se origina”.

Englobadas ambas variedades para el Código español en una misma disposición, la del artículo 532 N° 2, resulta para el autor inexplicable que se presente con una penalidad similar a la del tipo básico de la estafa, considerando que incluso en sus supuestos más sencillos importa una cierta *mise en scene*. Esta igualdad penal le volvería un tipo innecesario en el derecho español, ya que aun en su ausencia podría castigarse siempre conforme el tipo básico de estafa.

Más inexplicable aún le resulta la atenuación penal en Chile, considerando que perfectamente el otorgamiento del contrato simulado puede equipararse a los engaños y otros semejantes con que se tipifica en nuestro derecho el delito de estafa en el artículo 468. Lejos de ello, se castiga el delito con una pena inferior incluso a la estafa básica o residual del artículo 473.

Finalmente y en lo que atañe a las relaciones del delito con el alzamiento de bienes, descarta que se trate de un concurso que pueda resolverse por la vía de la especialidad, si se pretendiese asignar a la simulación la calidad de *lex specialis* respecto del alzamiento al agregar a este el requisito del engaño, pues ambos tipos no coinciden. También descarta la presencia de un concurso ideal o formal de delitos, pues ambos se refieren a idéntico objeto jurídico, mas representando valoraciones muy distintas, según se deriva de la pena asignada. Opta entonces por un concurso de leyes penales regido por el principio de consunción en el que el alzamiento protege con mayor vigor y eficacia el mismo bien jurídico y es, por tanto, preferente al otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro.

V. NUESTRA POSICIÓN: EL CONTRATO SIMULADO COMO MODALIDAD DE COMISIÓN DE DISTINTOS DELITOS Y NO COMO DELITO AUTÓNOMO

La disparidad de tipificación en la legislación comparada y de abordaje en la doctrina del delito de otorgamiento de contrato simulado obliga a escudriñar en la naturaleza de la institución para encontrar sus rasgos esenciales, su naturaleza conceptual. Buscamos una definición común a partir de la cual puedan trabajarse algunos de los temas propuestos en las distintas formas de tratar la institución en la legislación y la doctrina, y que sirva para interpretar los tipos penales y proponer su revisión estableciendo y/o promoviendo la derogación donde sea necesario, así como efectuar correcciones al marco penal.

Específicamente se busca un criterio ordenador que dé al menos respuesta a dos interrogantes: ¿es necesario tipificar como delito independiente el otorgamiento de contrato simulado en perjuicio?, y si así fuere: ¿existe una figura básica en el delito a partir de la cual se construyen tipos especiales de contratos simulados punibles para determinados ámbitos relacionales o para determinados sujetos activos, a la cual haya de volverse cada vez que no existan estos tipos especiales?.

Observamos ante todo que parece altamente sugestivo en la materia lo pacífico que resulta en algunas legislaciones comparadas la omisión absoluta o la omisión en determinados ámbitos de la tipificación del otorgamiento de contrato simulado en perjuicio. Ello es demostración suficiente de que a partir de la descripción de tipos generales, como la estafa o el alzamiento, puede incluirse la simulación contractual punible sin mayores dificultades en aquellos casos en que, ya sea la acción y el resultado como en la estafa, o solo la acción típica en el delito de alzamiento, no le contemplan específicamente. Es así que a título ejemplar puede sostenerse

que aun sin una descripción autónoma del otorgamiento de contrato simulado como un fraude o una estafa impropia, de todos modos dicha conducta satisfaría por sí sola las exigencias de tipo general de estafa, sobre todo en la medida que ella importa sin lugar a dudas un engaño que causa un perjuicio a un patrimonio ajeno. Prescindamos sí por ahora -para retomarlos después- del problema de si ese engaño debe estar dirigido a un otro que, merced al error al que lo induce el engaño, dispone de su patrimonio y resulta perjudicado.

De otra parte, nos hallamos con soluciones a la omisión parcial del delito, como aquella de la legislación española, donde la falta de regulación del contrato simulado en el ámbito de las insolvencias ha sido claramente resuelta por su consideración dentro del ámbito del delito de alzamiento³⁶.

No obstante lo expuesto y aun asumiendo como posible una supuesta redundancia o superficialidad de la tipificación autónoma del otorgamiento del contrato simulado en los delitos expuestos, de lo que no cabe duda alguna es que dicho otorgamiento es una modalidad posible de comisión de cada uno de los delitos indicados. Esto es, aun cuando no se regule el otorgamiento de contrato simulado para la insolvencia o para la estafa, de presentarse un contrato de esa naturaleza que cause perjuicio, siempre podrá subsumirse la figura dentro de aquellos delitos, que de esta forma se entenderán cometidos a través del otorgamiento. Ya sea como forma de provocar la insolvencia en el alzamiento, ya sea como creación de una apariencia de realidad en la estafa, ya sea como forma de causar daño al patrimonio que se tiene a cargo en la administración fraudulenta, todo ello puede realizarse entre otras posibilidades a través de contratos simulados.

Concluimos de lo anterior que en cada una de las tipificaciones autónomas del otorgamiento de contratos simulados no existen en realidad delitos autónomos propiamente tales, sino que una modalidad única de

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., p. 88

comisión de delitos de variada especie. No existe así ni un delito básico ni otros derivados de otorgamiento de contratos simulados en perjuicio, ni varios de tales delitos independientes entre sí, sino que distintos tipos de delitos en que uno de sus medios de comisión posible es la simulación contractual.

Tal perspectiva nos permite dar respuesta a algunos de los problemas planteados al inicio, así como sugerir interpretaciones posibles a dificultades que se presentan en la aplicación de los delitos específicos en que se recoge la simulación contractual punible.

Llamaremos para efectos de este trabajo “delito de referencia” al delito al cual la simulación contractual punible accede como modalidad de comisión. Así diremos por ej. que en el inciso 2° del artículo 466 de nuestro Código, el alzamiento de bienes o la insolvencia punible en general son el delito de referencia para la simulación contractual punible como modalidad de comisión, lo mismo que la estafa para la simulación castigada en el artículo 471 N° 2.

1.- La ausencia de tipificación de la simulación contractual punible no implica necesariamente la atipicidad de la conducta

Desde la posición asumida puede entenderse de mejor forma el hecho de que el otorgamiento de contratos simulados se regule en algunas legislaciones para algunos ámbitos en forma independiente y en otras no, o que en algunas ni siquiera se le reconozca. Lo relevante es que el delito general, ya sea la estafa, el alzamiento, la insolvencia punible, el fraude, etc. estén reconocidos por el legislador y que la forma en que se hallan descritos den cobertura a la simulación contractual, aunque esta no esté expresamente descrita. Existentes dichos ámbitos de injusto quedan con

cobertura penal los contratos simulados a través de los cuales puedan cometerse.

No se sigue de lo expuesto que la tipificación autónoma de la simulación contractual punible esté siempre demás. Pueden presentarse situaciones muy especiales que recomienden o aun obliguen al legislador a tipificar en forma autónoma estas conductas. Sería el caso en que se quiera asignar un tratamiento penológico diferenciado para la comisión del delito de referencia cuando es cometido a través del otorgamiento de un contrato simulado, respecto de las demás formas de comisión. Es lo que ocurre con nuestro artículo 471 N° 2, donde -por consideraciones que cuesta entenderse castiga a la simulación contractual con una pena inferior a la correspondiente a las estafas cometidas mediante otros ardidés y aun con pena inferior a la estafa básica o residual. Quizás si la ausencia del engaño a otro, distinto del que dispone por error, pudo importar para el legislador una menor cantidad de injusto al punto de establecer un marco legal especial exiguo y amplio a la vez.

Lo que importa es que de no mediar la tipificación de nuestro artículo 471 N° 2, el otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro habría de ser punible de todas formas, quizás conforme la figura residual del artículo 473, por no calzar dentro de ninguna de las específicas modalidades comisivas de la estafa calificada del artículo 468.

La otra razón que puede forzar a regular determinados delitos en la forma específica de comisión a través de contratos simulados se produce cuando la estructura del delito de referencia no alberga en su interior con propiedad los elementos del contrato simulado o incluso alguno de sus componentes pugna con la forma en que se produce la simulación contractual.

Es lo que ocurre con la definición doctrinaria de la estafa, hoy recogida en el artículo 248.1 del Código Penal español, conforme el cual:

“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”. El otorgamiento de contrato simulado no calza con precisión dentro de la referida definición desde que esta exige que el engaño recaiga en un otro, que es quien resultará inducido a realizar un acto de disposición perjudicial³⁷. En el contrato simulado no existe error alguno por parte de quien efectúa la disposición patrimonial. Más aun esta se produce como consecuencia directa del acuerdo delictuoso de los contratantes simuladores, ninguno de los cuales sufre error sino que, muy por el contrario, los coautores actúan con perfecto conocimiento de lo que hacen. Buscan, probablemente con ánimo de lucro, causar un perjuicio en el patrimonio ajeno, para lo cual disponen de parte de este conforme se lo permiten las facultades de obrar derivadas del contenido de una relación jurídica previa que liga a al menos uno de los autores con la víctima.

Ya que al menos un par de requisitos de la estafa, en los términos que es recogida por la doctrina y por la legislación española, no se dan en el contrato simulado punible, a saber: que el engaño se dirija a quien por error efectuará la disposición patrimonial, entonces obligado resulta tipificarle específicamente con miras a salvar la intolerable laguna de impunidad que de otro modo se generaría.

Adicionalmente en el caso expuesto de la legislación española, se optó por asignar al otorgamiento de contrato simulado un marco penal de menor envergadura comparado con el de la estafa, doblándose así la necesidad de tratarle expresamente.

2.- No existe una figura básica de referencia para el otorgamiento de contrato simulado punible

³⁷ Por todos, cfr. ANTON ONECA, José: voz “Estafa”, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Carlos E. Mascareñas (dir.), Tomo IX, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1958, pp. 67 y ss.

Asumiendo la concepción del contrato simulado como modalidad comisiva de delitos diversos y no como delito autónomo, forzoso resulta concluir a continuación que no existe una figura básica, nuclear o referencial de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro. No existe una figura típica, un esquema común o delito-tipo en la nomenclatura de BELING³⁸, que pueda cumplir ese rol porque si existiera, habría de serlo desligado de delitos de referencia y carecería de contenido desde la perspectiva de los bienes jurídicos que protege el derecho penal. O bien a través suyo se castigaría la pura falsedad, la mentira proferida por los contratantes, lo que excedería incluso el ámbito de lo que se entiende como ilícito en la simulación contractual en el ámbito civil. Una tipificación de esa naturaleza atentaría contra el carácter fragmentario que debe tener el derecho penal.

De forma alguna puede pretenderse en nuestro derecho por ej. que el rol de figura básica de simulación contractual punible lo asuma el artículo 471 N° 2 toda vez que esta norma no es más que una forma comisiva del delito de defraudación, de estafa y no de otros delitos. Y no pueden hacerse extensivos los efectos de una modalidad de simulación contractual punible a otras figuras típicas porque con ellas no comparte necesariamente la estructura general de los delitos de referencia a los cuales accede. Una estafa no puede volverse insolvencia punible o alzamiento por el solo hecho de que ambas se cometan a través del otorgamiento de contratos simulados, ya que siempre seguirán siendo delitos autónomos e independientes, que protegen distintos bienes jurídicos y donde el concepto de perjuicio que causan no es el mismo. Los concursos que en ese ámbito se produzcan han de ser resueltos en el ámbito y comprensión de los delitos de referencia y no por la vía de vincularlos a través del contrato simulado.

³⁸ BELING, Ernst von. Esquema de Derecho Penal. Buenos Aires. Librería El Foro, 2002, pp. 83-84

Es por eso que no puede concordarse con la generalizada opinión de la doctrina nacional, y de predominante si no absoluta presencia jurisprudencial, de que el artículo 471 N° 2 es una norma de aplicación general y amplia que abarca los contratos simulados perjudiciales para toda clase de sujetos activos y pasivos, mientras que el delito del artículo 466 es específico para cierta calidad de sujetos activos, deudores no comerciantes, y ciertas víctimas, acreedores. Lo correcto es señalar que ambas figuras son especiales y de alcance limitado, una tanto como el delito de estafa, otra tanto como el delito de alzamiento.

Esto nos permite asimismo discrepar de ETCHEBERRY³⁹ cuando sostiene que el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores del artículo 466 exige que el deudor se encuentre en quiebra, pues de otra manera nada diferenciaría la figura de aquella del artículo 471 N° 2. Si fuese cierto que el delito del artículo 466 exige quiebra (de lo que discrepamos según se expresará más adelante) lo sería por sus propias características y devenir que el propio autor se encarga de demostrar, y no por referencia al artículo 471 N° 2, que se refiere a una materia distinta.

Tampoco puede aceptarse la opinión de LABATUT⁴⁰ en el sentido que ambas disposiciones se encontrarían en una relación de género a especie, ya que por dicha vía todas las conductas no reguladas expresamente en tipos especiales como el artículo 466 o el Código de Comercio (quiebras) habrían de castigarse conforme el artículo 471 N° 2 si se tratara del otorgamiento de contratos simulados en perjuicio de otro.

El rechazo a esta relación género-especie permite resolver adecuadamente la situación por ej. del deudor comerciante no declarado en quiebra que otorga contratos simulados en perjuicio de sus acreedores. Ya que no puede ser castigado a través del artículo 466 por reservarse esta

³⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 390

⁴⁰ LABATUT, Gustavo. op. cit., p. 242

norma a deudores no comerciantes, ni a través de las presunciones de quiebra fraudulenta del artículo 220 N°s. 2 y 3 del Libro IV del Código de Comercio por no encontrarse en dicho estado, la solución que debe imponerse a su respecto no puede ser su castigo por la vía subsidiaria del artículo 471 sino la afirmación de la atipicidad de la conducta.

De la forma expuesta se alcanza la adecuada armonía que debe mantenerse en la consideración penal de las figuras del párrafo 7 del Título IX:

a) Al deudor no comerciante que otorga contratos simulados en perjuicio de sus acreedores se le castiga conforme el artículo 466 en la medida que por esa vía se constituya en o se agrave su situación de insolvencia. Si no se da este último supuesto la conducta es atípica, no puede ser castigada a través del artículo 471 N°2.

b) A los deudores comerciantes y calificados que otorgan contratos simulados en perjuicio de sus acreedores se les castigará conforme las disposiciones de los N°s. 2 y 3 del artículo 220 del Libro IV del Código de Comercio siempre que hayan sido declarados en quiebra. Si la quiebra no ha sido declarada, aun cuando se encuentren en situación de insolvencia y sobre todo si ni siquiera esta última circunstancia se da, la conducta es atípica. Tampoco puede recurrirse subsidiariamente al artículo 471 N° 2.

La atipicidad a que se hace referencia en ambas situaciones se impone por la ausencia de una relación género-especie entre las figuras de los artículos 466 y 471. Pero siendo más estrictos con el análisis, detrás de dicha afirmación subyace la realidad de que una conducta de aquellas tratadas en el párrafo 7 “De las defraudaciones” bajo la modalidad del otorgamiento de contratos simulados no reúne los mismos requisitos que se exigen para las estafas, en especial de aquella forma impropia o especial del artículo 471. Si bien en ambos casos se presentan contratos simulados, existe un par de exigencias que representan un abismo insalvable entre

ambas figuras típicas, las asociadas a las estafas y a las insolvencias. Se trata de la oportunidad del engaño y del alcance que debe darse al concepto de perjuicio, ya sea en este último caso como elemento subjetivo del tipo o como resultado típico a ser alcanzado a través de la conducta.

3.- Rol del otorgamiento de contrato simulado en otras figuras punibles donde no está expresamente regulado

La comprensión del contrato simulado como modalidad comisiva de delitos y no como figura típica autónoma tiene otros alcances que deben redundar en la adecuada subsunción de simulaciones contractuales en determinados tipos. Y es que no solo pueden concebirse contratos simulados en perjuicio como modalidades comisivas de la estafa y la insolvencia, sino que también como formas de comisión de otras figuras típicas asociadas a la protección del patrimonio aun cuando el otorgamiento de contrato simulado no aparezca explícitamente descrito en ellas.

Así podría ocurrir en el delito de Fraude al Fisco, cuya amplia redacción⁴¹ “defraudare o consintiere que se defraude” tolera dentro de sus formas de comisión al otorgamiento de contratos simulados en perjuicio del patrimonio fiscal. Si ése fuere el caso, el delito de fraude al fisco no perdería su carácter de tal, de modo que el funcionario público habrá de responder precisamente por dicha figura aunque hubiese otorgado un contrato simulado. El *extraneus*, normalmente partícipe en el delito y quien, por tratarse de un delito especial impropio habrá de responder por el delito común básico a la agravación, será castigado ya sea por el delito de estafa calificada del artículo 468 o por el delito de otorgamiento de contrato

⁴¹ HERNÁNDEZ, Héctor. La Administración Desleal en el Derecho Penal Chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (1): 201 – 258, 2005

simulado del artículo 471 N° 2, tema respecto del cual nos explayaremos en su oportunidad al tratar el tema de los concursos de esta última disposición.

Lo expuesto puede aplicarse también a otros delitos, como la prevaricación del abogado del artículo 231, la malversación de caudales públicos de los artículos 233 y 235, el abuso de firma en blanco del artículo 470 N° 3 y el fraude de subvenciones del artículo 470 N° 8 del Código Penal.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DELITO DEL ARTÍCULO 466 DEL CÓDIGO PENAL

Otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores como modalidad comisiva de insolvencia punible

I. ORIGEN

Sin lugar a dudas que el origen más remoto del delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores, del inciso 2° del artículo 466 del Código Penal, está en el Código Penal español de 1848, como ocurre en realidad con casi todo nuestro Código Penal vigente desde 1875.

Aunque pueda parecer paradójico, tal afirmación resulta cierta aun teniendo en cuenta que en el Código español de 1848 el delito como tal no estaba expresamente contemplado. Se trata de una creación original de nuestra Comisión Redactora, un añadido “completamente autóctono”⁴², aunque del contexto de la discusión en su seno fluye con claridad que se tuvo dicho texto como referencia para la discusión del articulado nacional.

En sesión 98 de 28 de junio de 1872 los Comisionados apuntan que: “Respecto de las quiebras, se convino en tomar como base las disposiciones del Código penal español⁴³, que guarda analogía con las que contiene nuestro Código de Comercio sobre la materia” y en la sesión inmediatamente siguiente, la 99 de 1° de julio, se pone en discusión el párrafo 7 del Título IX, destinado a “las defraudaciones”, donde se tipificarán las conductas penales en que incurre el “quebrado”, el alzamiento de bienes y la insolvencia.

La coincidencia de los textos por lo demás no deja duda alguna de que la única fuente que se tuvo en cuenta fue la del Código de la península.

1.- El tratamiento de las “Defraudaciones” en el Código penal español de 1848

⁴² RIVACOBBA, Manuel. op. cit., p. 104

⁴³ Se refiere al Código Penal de 1848

El Código Penal español de 1848 dedicaba el Título XIV del Libro Segundo a los “Delitos contra la propiedad”. Dentro de este, el Capítulo IV trataba de las “Defraudaciones” y específicamente su Sección Primera estaba dedicada al “Alzamiento, quiebra é insolvencia punibles”. Siguiendo el mismo orden del título anunciado, esta Sección trata:

a) Los delitos de alzamiento de bienes de comerciantes y no comerciantes en el artículo 443;

b) Los delitos de insolvencia fraudulenta y culpable cometidos por el quebrado en los delitos 444 a 446; y

c) Los delitos de insolvencia por ocultación o enajenación maliciosa del deudor no dedicado al comercio en el artículo 448.

En especial el delito de alzamiento de bienes no estaba en el precedente Código Penal de 1822, figurando por primera vez en este, de 1848. Ello no significa, empero, que las conductas a través de él descritas – *“huir, llevándose lo que pertenece á los acreedores; ó, por lo menos, ocultar universalmente los bienes, para que aquellos no los puedan haber”*⁴⁴ – fuesen impunes hasta su dictación, desde que cabía fuesen calificadas como quiebra fraudulenta conforme el artículo 758 del Código de 1822⁴⁵, además de encontrarse castigadas en el Título XXXII del Libro XI de la Novísima Recopilación⁴⁶. Sólo no se encontraba sancionada ni descrita la conducta de alzamiento respecto del deudor no comerciante⁴⁷.

⁴⁴ PACHECO, Joaquín F. El Código Penal Concordado y Comentado, Tomo III. 5ª. Edición. Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello. 1881. p.38

⁴⁵ Art. 758. *La quiebra que con arreglo al código ó leyes de comercio fuere declarada fraudulenta, será castigada con la pena de diez á veinte años de presidio, y el quebrado será infame. Si la quiebra fraudulenta fuere hecha por corredor, cambista, comisionado o factor, será deportado el reo.*

⁴⁶ “LEY II: Ningún mercader ni cambiador, ni sus factores se alcen con mercaderías ni dineros, ni otra hacienda alguna agena, so las penas contenidas en la ley anterior, y en las otras leyes de nuestro Reynos que cerca desto disponen: y Nos por la presente declaramos, los que así se alzaren ser públicos ladrones y verdaderos robadores”; “LEY III: Mandamos, que las leyes, que hablan contra los que se alzan, hayan lugar y se executen en las personas que aquellos que alzaren sus bienes, aunque

Pese a que originalmente se concibió al alzamiento como “una clase de quiebra similar a la fraudulenta, pero que produce mayor dañosidad”⁴⁸, finalmente la figura del alzamiento se establece en el artículo 443 del Código de 1848 como un delito que no requiere la declaración previa de quiebra⁴⁹, y común tanto para deudores comerciantes como para no comerciantes. Se le asigna asimismo la más alta penalidad de la Sección Primera, incluso por sobre la insolvencia fraudulenta.

Por su parte, en el artículo 448 se reguló de forma autónoma la situación del deudor no comerciante, castigándole en caso de “que se constituya en insolvencia” y a través de dos modalidades específicas: “ocultación o enajenación maliciosa de sus bienes”.

Claro resulta de lo expuesto que en parte alguna de esta Sección ni en otra se contempló la punición del otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores, al menos del modo explícito en que aparecería en esta zona de nuestro Código de 1875. Y no precisamente por resultar desconocida la conducta, desde que el artículo 456 del Código español de 1848 castigaba con penas de multa del tanto al triplo del perjuicio irrogado a: “2º. El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado” y ya antes la figura aparecía tipificada en las Ordenanzas de Bilbao⁵⁰. Lisa y llanamente

sus personas no se ausenten; probando sus acreedores, que las tales personas alzaron y escondieron los bienes que tenían: y mandamos, que así se guarde y cumpla de aquí adelante”.

⁴⁷ CABALLERO, Felipe. Las Insolvencias Punibles en el Anteproyecto de Código Penal Chileno: Antecedentes Históricos a Tener Presente. En: BALMACEDA, Gustavo (coord.). Problemas Actuales de Derecho Penal. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. p. 461

⁴⁸ Ibídem, p. 462

⁴⁹ Cabe tener en cuenta que el artículo 1002 del Código español de Comercio de 1829, establecía: “Se distinguen para los efectos legales cinco clases de quiebra: 1ª Suspensión de pagos. 2ª Insolvencia fortuita. 3ª Insolvencia culpable. 4ª Insolvencia fraudulenta. 5ª Alzamiento”

⁵⁰ Capítulo XVII “De los atrasados, fallidos, quebrados o alzados; sus clases, y modo de proceder en sus quiebras.

24. Pena de los que se simularen acreedores del quebrado, o pidieren mas de los que se les debía.

Cuando en caso de quiebras supusiere alguna persona ser acreedor del quebrado, no siéndolo, será visto quedar condenado por vía de multa en la misma cantidad, que pretendiere debérsele; y si otra alguna, debiéndosele efectivamente cierta cantidad, supusiere dolosamente otra mayor, a esta se le condenará a no ser oída ni admitida al concurso para la cobranza, ni aun de lo que legítimamente se le debía, en castigo del fraude intentado; y las cantidades que resultaren en uno u otro caso, han de

no se consideró siquiera la necesidad de su tipificación expresa, situación que persiste hasta el día de hoy en la legislación penal de ese país.

2.- La discusión de las “Defraudaciones” en la Comisión Redactora

En sesión 98 de 28 de junio de 1872, la Comisión Redactora del Código Penal chileno acordó que respecto de las quiebras tomaría como base las disposiciones del Código penal español, “que guarda analogía con las que contiene nuestro Código de Comercio”, refiriéndose con este último al vigente desde 1865.

En la sesión 99, de 1° de julio de 1872, se abre la discusión sobre el párrafo 7 del Título IX, destinado a “las defraudaciones”. La primera decisión que se adopta es “suprimir su primer artículo en que se castiga a los

agregarse a beneficio del concurso y de sus legítimos acreedores, y siempre que justificare haber cooperado el quebrado en cosa o parte de las simulaciones arriba expresadas, será tenido por infame fraudulento (aunque por otros títulos ántes no lo hubiere sido), y castigado como tal con las penas correspondientes a los alzados”.

“25. Cómo se ha de proceder contra el quebrado que hubiere extraído de su casa y lonja mercaderías, alhajas y otras cosas, endosado letras, y cedido vales, y contra los encubridores que en ello intervinieren.

Y por cuanto se ha experimentado que algunos quebrados, días ántes o en los mismos de sus quiebras, con fraude y dolo, y de caso pensado, han extraído de sus casas y lonjas, mercaderías, alhajas y otras cosas de valor, endosado en confianza letras de cambio, y cedido vales y otros créditos y derechos, pasándolos a poder de personas, parientes y amigos, sin deberles cosa alguna, y solo con el fin e intento de recuperar después las tales mercaderías, y demás extraído y sacado, importe de letras, vales y demás expresado, para aprovecharse de todo en perjuicio conocido de sus acreedores: por obviar semejantes excesos, cautelas y encubiertos, se ordena que de aquí en adelante siempre que se justificaren tales fraudes y ocultaciones de bienes, la persona encubridora que en ello interviniere, además de obligarla a que restituya lo en su poder guardado y puesto (entregándolo en mano de los Comisarios del concurso para la masa común con los demás de él) sea multada en otra cantidad como la que importaren los bienes así ocultados, con más de cien escudos de plata, que se le deberán sacar irremisiblemente, aplicados a beneficio del concurso, en cuya exacción (por si alguno de estos culpados gozare de otro fuero) procederán Prior y Cónsules según orden de derecho; y al quebrado se deberá tener y tenga por este hecho por fraudulento, y se le castigará con los rigores prevenidos para en tales casos por leyes reales y condignos a su delito”.

deudores alzados por considerar comprendido este caso en el de la quiebras fraudulentas”.

El artículo rechazado correspondía al ya aludido 443 del Código español de 1848 que señalaba:

“Artículo 443. El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, será castigado:

1º Con la pena de presidio mayor, si fuere persona dedicada habitualmente al comercio.

2º. Con la de presidio menor, si no lo fuere”.

La comprensión de esta conducta en la quiebra fraudulenta para justificar su supresión por parte de la Comisión, seguramente quiso hacer referencia al artículo 1334 N° 5 del texto original del Código de Comercio de 1865, conforme el cual:

“1334.- Se presume de derecho que la quiebra es fraudulenta en los casos espresados a continuación:

5º Si se ausentare o fugare, llevando u ocultando los libros o documentos de su jiro o alguna parte de sus haberes”.

La similitud de dicha presunción con la conducta del alzamiento es manifiesta, sobre todo cuando consideraba la idea predominante a la época de que el alzamiento suponía la fuga u ocultamiento del deudor con sus bienes para sustraerlos al alcance de sus acreedores.

Por su parte y con diferencias menores, especialmente las exigidas para la adecuación del régimen de penas, las conductas de insolvencia fraudulenta y culpable de los quebrados (artículos 452 a 454 del proyecto discutido por la Comisión⁵¹), y la insolvencia por ocultación o enajenación

⁵¹ “Art. 452. El quebrado que fuere declarado en el caso de insolvencia *fraudulenta con arreglo al Código de comercio, sufrirá la pena de presidio o estrañamiento menor en cualquiera de sus grado*”.
“Art. 453. El quebrado que fuere declarado en el caso de insolvencia culpable, según el mismo Código, será castigado con presidio o estrañamiento menor en sus grados mínimo a medio”.

maliciosa de bienes del deudor no comerciante (455 del mismo proyecto⁵²), mantienen la misma redacción del modelo español.

La novedad producida respecto del delito que nos ocupa ocurre en la sesión 100, de 5 de julio de 1872. En ella se aprueban las dos sesiones precedentes y se consigna que el señor Renjifo manifiesta que en el artículo 455, relativo a la insolvencia punible del deudor no comerciante, “*no se habían tomado en cuenta al deudor alzado ni al que celebra contratos simulados*”. Para llenar este vacío se acuerda:

a) Agregar en el primer inciso las palabras “*el que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores*”, reponiendo el delito de alzamiento de bienes originalmente desechado, aunque solo para el deudor no comerciante, y

b) Crear un segundo inciso en los siguientes términos: “*En la misma pena incurrirá si otorgare en perjuicio de sus acreedores contratos simulados*”. De esta forma se da origen a la tipificación del otorgamiento de contrato simulado como modalidad de insolvencia punible para el deudor no comerciante.

Esta decisión del legislador acarrea a nuestro juicio respecto del delito de alzamiento las siguientes consecuencias:

- Que se renuncia definitivamente a consagrar el delito del alzamiento de bienes como una figura autónoma a la quiebra, al menos en lo que tiene que ver con el deudor comerciante. En adelante se le entenderá como una modalidad de insolvencia fraudulenta del quebrado, sin lugar a

“Art. 454. En los casos de los artículos precedentes, si la pérdida ocasionada a los acreedores no llegare al 20 por 100 de sus respectivos créditos, se impondrán las penas señaladas en su grado inferior.

Cuando la pérdida exceda del 50 por 100, las penas se aplicarán en el grado superior”

⁵² “Art. 455. El deudor, no dedicado al comercio, que se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de sus bienes será castigado con presidio o estrañamiento menor en cualquiera de sus grados”.

dudas la presunción de derecho del artículo 1334 N° 5 del Código de Comercio.

- Que, a diferencia del modelo español, no se aprecia en el delito de alzamiento de bienes una gravedad superior a la de la insolvencia fraudulenta, tanto respecto del deudor comerciante como del no comerciante.

- Que en cambio el alzamiento se castigará específicamente respecto del deudor no comerciante para evitar la impunidad de la conducta derivada del abandono de la tipificación existente en el artículo 443 del Código español.

- Que, pudiendo regularle como delito autónomo, se opta por agregar al alzamiento como una hipótesis más de defraudación junto a la insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa. De esta forma recupera su carácter original, aquel perdido en el Código español de 1848, esto es, como forma de insolvencia que en el caso del deudor comerciante se expresa como hipótesis de insolvencia fraudulenta del quebrado, y que respecto del deudor no comerciante nace como insolvencia pura y simple, sin diferenciación alguna.

Resulta imposible disociar de este proceso a la incorporación del delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores.

Desde ya cabe observar que se le agrega con la misma exigencia que al alzamiento contemplado en el artículo 443 del Código español y que al alzamiento del deudor no comerciante recién tratado en el Código nacional, esto es, se le castiga cuando el delito se comete por el deudor no comerciante “en perjuicio de sus acreedores”.

Adicionalmente, resulta ilustrativo que el flamante delito se agregue como un inciso adicional al artículo que regla las demás formas de insolvencia punible del deudor no comerciante, lo que asume tácitamente compartir características análogas. Nos referimos especialmente al estado

de insolvencia en que cae el deudor no comerciante con motivo del otorgamiento de contratos simulados en perjuicio de sus acreedores, lo mismo que cuando se alza en sus bienes y cuando cae en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de sus bienes. La reserva del delito para un inciso separado del resto del artículo no puede ser interpretada como una señal de autonomía de la figura sino que solo parece obedecer a un problema de estilo, evitando recargar en demasía el inciso primero con una conducta adicional, más sobre todo si se hacía necesario repetir la exigencia de perjuicio para los acreedores, ya estipulada para el alzamiento.

Finalmente no puede pasarse por alto la decisión del legislador de incorporar penalmente la figura del otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores solo respecto de deudores no comerciantes. Difícilmente podría concebirse que el legislador estimase que dicha conducta solo tendría relevancia penal tratándose del delito cometido por deudores no comerciantes, dejando a la postre impune la misma figura en caso de ser cometida por comerciantes, muy especialmente si estos han caído en quiebra.

La respuesta a esta interrogante se encuentra observando lo sucedido con el delito de alzamiento de bienes. Tratándose de deudores comerciantes, ya señalamos que la Comisión optó por no regular el alzamiento de forma autónoma como lo hacía el Código español, por entender que la conducta se hallaba incorporada dentro de las presunciones de insolvencia fraudulenta, del original artículo 452 del Proyecto y 1334 N° 5 del Código de Comercio. Creemos sin lugar a dudas que otro tanto debió tenerse en cuenta para el contrato simulado. Su similitud con la presunción de derecho de quiebra fraudulenta del artículo 1334 N° 3 es evidente: *“Si hubiere supuesto enajenaciones, de cualquier clase que sean”* y aun con la presunción simplemente legal de quiebra fraudulenta del artículo 1336 N° 1:

“Si el fallido hubiere otorgado escrituras públicas o documentos privados en que se confiese deudor sin expresar causa de deber o valor determinado”.

Conscientes de que tratándose de deudores comerciantes en quiebra, tanto el delito de alzamiento de bienes como el otorgamiento de contrato simulado correspondían a conductas que hacían presumir la quiebra fraudulenta y, encontrándose tal supuesto castigado penalmente en el artículo 452 del proyecto, solo restaba describir para ser castigados penalmente el alzamiento y otorgamiento de contrato simulado, ambos en perjuicio de sus acreedores, en caso de ser cometidos por un deudor no comerciante. Este propósito se logra en el artículo 455 del proyecto aprobado por la Comisión en su sesión 100, el que se transformaría finalmente en el artículo 466, vigente hasta nuestros días en el Código Penal.

3.- Análisis crítico del delito

Como ya se ha explicado, el legislador nacional al crear el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores se apartó del modelo español, que no tuvo en cuenta la necesidad de su tipificación específica. El derecho penal español cobijó esta figura dentro del delito de alzamiento de bienes siguiendo el paulatino proceso de abandono del concepto primitivo de dicho delito, que suponía la fuga del deudor con sus bienes, hasta abarcar cualquier forma de ocultación de bienes, tanto la ocultación material -propia de los bienes muebles- como aquella conseguida a través de medios jurídicos -especialmente para bienes inmuebles y

créditos- a través del aumento ficticio del pasivo como de la disminución del activo⁵³.

Dentro de esta ocultación por medios jurídicos se ha entendido comprendido el otorgamiento de contratos simulados. Ya citamos a MUÑOZ CONDE cuando sostenía que el otorgamiento de contrato simulado no era más que una “mera modalidad comisiva” del alzamiento de bienes, conclusión que refuerza con la jurisprudencia española, la que en la mayoría de los casos en que el contrato simulado se otorgaba en perjuicio de acreedor le ha considerado un delito de alzamiento de bienes. Cita el autor al efecto sentencias que expresan: “es alzamiento de bienes el que dos personas se pongan de acuerdo para defraudar a sus acreedores, simulando un contrato oneroso y quedan insolventes” y “la simulación de contrato es en el presente caso un elemento integrante del delito de alzamiento de bienes, con el que forma una sola entidad jurídica, sin más finalidad ni otro carácter que el de un detalle necesario para sustraer los bienes a la acción del acreedor y consumir la defraudación que constituye la esencia del mencionado delito de alzamiento”⁵⁴.

Así las cosas, cabe preguntarse por la utilidad de tipificar el otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores junto al delito de alzamiento, si es que este último conceptualmente ya abarca a aquél. Es cierto que en nuestro país se ha conservado el criterio más tradicional de comprensión del delito de alzamiento, exigiendo al tipo objetivo que el deudor huya o se oculte junto con sus bienes⁵⁵, pero a esa conclusión

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., pp. 117; en el mismo sentido RIVACOBRA, Manuel. op. cit., p. 106; y PUGA, Juan. Derecho Concursal Delitos de la Quiebra. 2ª. Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2002. Nota 204, p. 226

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., p. 88

⁵⁵ GARRIDO, Mario. op. cit., p. 288; ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 388; PUGA, Juan. op. cit., p. 227., con la variante de que no plantea como exigencia la fuga del deudor, pero limita el alzamiento a la ocultación material. Por un concepto amplio de alzamiento en que lo esencial es la ocultación de bienes DEL RIO, J. Raimundo. op. cit., p. 471; LABATUT, Gustavo. op. cit., p. 241; SALAMANCA, Jorge. De las quiebras e insolvencias punibles. Memoria de Prueba (Licenciatura en Leyes y Ciencias Políticas). Santiago, Universidad de Chile, 1925. p. 115. Finalmente, FERNÁNDEZ, Pedro J. Código

se ha llegado para no privar de contenido a la modalidad de “insolvencia por ocultación” del mismo artículo 466. En fin, ya sea a través del delito de alzamiento, ya sea a través de la constitución en insolvencia por ocultación y aun por enajenación maliciosa de bienes, el otorgamiento de contratos simulados como modalidad de ocultamiento jurídico de los bienes ya encuentra cobertura. Su eventual omisión en el artículo 466 no volvería impune la conducta, sino que recibiría adecuado tratamiento penal en las restantes modalidades de insolvencia de la misma disposición⁵⁶.

Coincidimos de esta forma con RIVACOPA, que acusa al delito del inciso 2° del artículo 466 ser “un tanto redundante y perturbador, porque, para castigar esta hipótesis en relación con los acreedores, es suficiente, según se ha visto en el Código español, el delito de alzamiento”. Su establecimiento obedecería a un déficit de técnica legislativa: “solo un criterio histórico y atendiendo a una interpretación acabadamente literal, muy propia de la época en que se gestó y alumbró el código y la mentalidad que prevalecía, puede comprenderse hoy que no se entendieran entonces aplicables la ocultación, la dilapidación ni la enajenación maliciosa al otorgamiento de contrato simulado, aunque en todas estas actividades se produjera por igual un perjuicio para los acreedores, y que, por ello, para no dejar la última, la de simulación del contrato, fuera del tipo, se la mencionase

Penal de la República de Chile Explicado y Concordado. 2ª. Ed. Santiago, Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, 1899. p. 262, adopta una definición que reúne todos los requisitos anteriores: “alzarse es huir o fugarse con sus bienes, i es también ocultarlos o enajenarlos en perjuicio de los acreedores”

⁵⁶ Quizás la única particularidad que habría de apuntarse al respecto es que las modalidades de ocultación, dilapidación y enajenación maliciosa de bienes del artículo 466 inc. 1° son punibles en cuanto dan origen a la insolvencia (se constituya en insolvencia por), mientras que el alzamiento y el otorgamiento de contratos simulados se castigan tanto si dan origen como si agravan la situación de insolvencia del deudor. Ello daría al otorgamiento de contrato simulado un alcance mayor que la pura insolvencia por ocultación, que a su vez no estaría cubierto por el alzamiento concebido restringidamente como fuga u ocultamiento del deudor con sus bienes, lo que justificaría su tipificación autónoma. No creo de todos modos que una interpretación tan alambicada como ésta haya estado en la mente del legislador

por separado. Pero tal reflexión, que pude explicarnos el origen de la disposición, es completamente inoperante en la actualidad”⁵⁷.

Con todo, el Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal⁵⁸, conserva expresamente el delito en su artículo 313 bajo el párrafo “Otros delitos del deudor” en los siguientes términos: “El deudor que se pone en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones mediante el ocultamiento de sus bienes o el otorgamiento de contratos simulados sobre los mismos, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. En casos especialmente graves atendido el monto de las obligaciones, la pena se podrá aumentar en un grado”.

Lamentablemente la discusión que precedió a la incorporación de dicho artículo no quedó reflejada en los Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial⁵⁹. No obstante, apunta en la dirección correcta la tipificación de este delito y del alzamiento (concebido como ocultamiento de bienes) en un párrafo distinto de aquél en que se regulan los delitos concursales asociados a la quiebra, donde también se puenen estas situaciones solo que descritas de manera distinta⁶⁰, aunque la descripción de la conducta como “ponerse en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones” y no hacer alusión directa al concepto técnicamente más preciso de “crear o agravar la insolvencia” (sin quiebra) oscurece el sentido del precepto.

⁵⁷ RIVACOBBA, Manuel. op. cit., p. 105

⁵⁸ Disponible en www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf, visitada al 19/08/2011

⁵⁹ Disponible en www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_3.pdf, visitada al 19/08/2011. La Unidad 9 “Delitos Económicos (contra los intereses patrimoniales)” trata sobre las generalidades de estos delitos y se interrumpe en la discusión sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

⁶⁰ El artículo 304 dispone: “El deudor que en perjuicio de sus acreedores ocasione o agrave su insolvencia mediante una operación que disminuya su activo o aumente su pasivo”. El artículo 305 a su vez señala: “El deudor que, fuera de los casos del artículo anterior, en caso de insolvencia manifiesta o inminente o una vez declarada si quiebra, incurra en alguna de las siguientes conductas: 1° Oculte total o parcialmente sus bienes y haberes; 2° Realice operaciones manifiestamente perjudiciales, riesgosas, ruinosas, excesivas o desproporcionadas; (...) 6° Efectúe actos de disposición sobre su patrimonio después de declarada su quiebra”.

II. EL DELITO DE OTORGAMIENTO DE CONTRATO SIMULADO EN PERJUICIO DE LOS ACREEDORES EN EL DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado una figura análoga a la del inciso 2° de nuestro artículo 466 se encuentra en el Código Penal argentino⁶¹. El artículo 179 de dicho cuerpo legal castiga al “*deudor no comerciante concursado civilmente*”⁶² que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere algunos de los actos mencionados en el artículo 176”.

Esta última disposición por su parte, a la que se remite el 179, trata de las hipótesis punibles de quiebra fraudulenta y contempla entre una de sus modalidades, la que se hace extensiva al deudor no comerciante civilmente concursado, la siguiente: “1° *Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas*”.

Como puede observarse las hipótesis de simulación de deudas o enajenaciones calzan a la perfección con el concepto de “contrato simulado” propio de nuestra legislación.

Las simulaciones se castigan entonces en el Código Penal argentino exclusivamente respecto del “quebrado fraudulento” (artículo 176) y del deudor no comerciante concursado civilmente (artículo 179)⁶³.

Se colige de lo expuesto que solo se castiga la simulación de enajenaciones en fraude o para defraudar a los acreedores, cuando concurren sujetos activos especiales, a saber deudores comerciantes quebrados, o no comerciantes civilmente concursados. Ello con la sola excepción del deudor demandado o ya civilmente condenado que hace

⁶¹ Donna considera como fuente del artículo 179 del Código Penal argentino, entre otras, al artículo 466 del Código Penal chileno (DONNA, Edgardo. op. cit., p. 687)

⁶² Luego de sucesivas modificaciones legales el sujeto activo “no comerciante concursado civilmente” no existe. A lo más, siguiendo a Creus, la referencia debe hacerse al “quebrado no comerciante” (DONNA, E. op. cit., p. 690)

⁶³ SOLER, Sebastián. op. cit., p. 493

desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuye su valor, frustrando el cumplimiento de las respectivas obligaciones. En tal caso, resulta indiferente que se trate de un deudor comerciante o no comerciante, quebrado o en concurso⁶⁴.

El artículo 209 del Código Penal de Perú castiga al “deudor, la persona que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador, que en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, realizara, en perjuicio de los acreedores, alguna de las siguientes conductas: 2° Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas”. Estas conductas son castigadas aun si fuesen realizadas meramente por culpa por parte del agente (artículo 210 Código Penal Perú).

El artículo 255 del Código Penal de Uruguay sanciona al “deudor civil que, para substraerse al pago de sus obligaciones, ocultara sus bienes, simulara enajenaciones o créditos, se trasladara al extranjero o se ocultare sin dejar persona que lo represente, o bienes a la vista en cantidad suficiente para responder al pago de sus deudas. La acción penal no podrá ser ejercitada sino a denuncia de parte, y sólo en el caso de que la insolvencia del deudor resulte comprobada por actos infructuosos de ejecución en la vía civil”.

El Código Penal alemán castiga en el párrafo 283, titulado “Bancarrota”, a “quien en caso de endeudamiento excesivo o cuando amenace o se presente incapacidad de pago: 4. Simule derechos de otros o reconozca derechos imaginarios”⁶⁵. DONNA destaca de esta legislación, nueva entonces, la supresión de la exigencia de la intención de perjudicar a

⁶⁴ Ibídem, p. 511; CREUS, Carlos. op. cit., p. 551

⁶⁵ Según traducción de Claudia López Díaz, correspondiente a la versión del Código penal alemán publicada bajo el título Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998. Versión tomada de http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion-/l_20080616_02.pdf, visitado el 03/05/2011

los acreedores y su sustitución a través de la exigencia de una "crisis" que debe ser comprendida por el dolo o la imprudencia. El desvalor de la acción depende del estado de crisis, de un sobreendeudamiento o de una incapacidad de pago, aunque no se exige una relación de causalidad. Finalmente, la ley alemana no distingue entre comerciante y no comerciante, de acuerdo a la ley civil⁶⁶.

III. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL DELITO DEL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 466 DEL CÓDIGO PENAL

1.- La discusión en la doctrina nacional

El artículo 466 del Código Penal, ubicado dentro del título de las "Defraudaciones", contempla la punición de ciertas conductas en que incurre el deudor no dedicado al comercio: el alzamiento de bienes, su insolvencia y el otorgamiento de contratos simulados.

El alcance de esta disposición ha sido expuesto en reiteradas discusiones respecto de la autosuficiencia de la descripción típica, producto de su ubicación de insoslayable relevancia junto al alzamiento de bienes y a la insolvencia punible dentro de una misma disposición, y a su similitud pero mayor gravedad -a juzgar por la pena- respecto de la figura del artículo 471 N° 2. Las interrogantes giran alrededor de la punición pura y simple de la figura en los términos en que se encuentra redactada, o bien de la adición de un contexto en que habría de producirse: si dentro del estado de insolvencia del deudor, ya sea generándolo o siendo este ya existente, o aun con la exigencia del estado de quiebra declarada del deudor.

⁶⁶ DONNA, Edgardo. op. cit., p. 649

La interpretación que ha predominado en la jurisprudencia nacional es la acuñada por ETCHEBERRY⁶⁷, quien aborda conjuntamente todas las figuras del artículo 466 exigiendo siempre la quiebra del deudor no comerciante. El argumento es desarrollado en primer lugar para el alzamiento de bienes y se lo hace luego extensivo para la insolvencia y el otorgamiento de contratos simulados.

Parte este autor su exposición con los antecedentes históricos de la norma: en el Código Penal español de 1848, fuente inequívoca de la legislación penal patria, se contemplaban en el tema que nos ocupa tres figuras: el alzamiento, la quiebra culpable o fraudulenta, y la insolvencia punible, diferenciándose claramente de esta forma la insolvencia y el alzamiento por una parte, de la quiebra por otro. Pero no habría ocurrido otro tanto en nuestro caso, pues el legislador nacional castigó el alzamiento – y el contrato simulado – cuando se producía en perjuicio de los “acreedores”, esto es, de todos ellos y no de uno en especial. Y ocurre que solo podría perjudicarse a todos esos acreedores una vez declarada la quiebra

Recuerda, de otra parte, que la Comisión Redactora suprimió inicialmente el alzamiento como delito independiente que venía en el Código español, por considerar que tal situación ya se encontraba contemplada dentro de las quiebras fraudulentas, lo que sería salvado con posterioridad al percatarse los redactores que de esa forma quedaba impune el alzamiento del deudor no comerciante. No obstante, se optó en definitiva por reincorporar la figura junto a las demás hipótesis en que se hacía punible la *quiebra* del deudor no comerciante, y no como una figura independiente, aislada de dicho contexto.

Haciéndose cargo de un argumento que se encontrará en quienes sostiene una posición distinta, en cuanto a que el artículo 466 no habla en parte alguna de “quiebra”, explica que dicha omisión habría sido

⁶⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 386

consecuencia de la utilización directa del léxico del Código español, donde la quiebra solo aparecía concebida para deudores comerciantes, y no para aquellos “no comerciantes”, para quienes se consideraba la institución análoga del “concurso”, en términos que la insolvencia se castigaba para el deudor no comerciante cuando tenía la calidad de “concurtido”, situación que vino a hacerse explícita en la reforma de 1870.

Finalmente, abona para su tesis la incorporación del delito de otorgamiento de contrato simulado en el artículo 466, disposición que, por su penalidad notoriamente superior a la figura del artículo 471 N° 2, sólo se justificaría pese a su semejanza, en que el perjuicio a los acreedores se produciría en razón de la quiebra del deudor no comerciante.

Específicamente respecto del otorgamiento de contratos simulados se encarga de recordar que también para este caso se exige la insolvencia de deudor, ya que “(e)n verdad, todos los casos del Artículo 466 son en el fondo sólo distintas hipótesis de insolvencia fraudulenta del deudor no comprendido en el Art. 41 de la Ley de Quiebras”. E invocando las razones anteriores, concluye que el otorgamiento de contrato simulado es en este caso “un antecedente que ha provocado la insolvencia y la consiguiente declaración de quiebra”, insistiendo en que tal conclusión es la única que permite diferenciar esta figura de aquella del artículo 471.

PUGA⁶⁸ participa parcialmente de la exigencia típica que efectúa ETCHEBERRY en cuanto a que debe acreditarse insolvencia, solo que hace extensiva la figura incluso cuando la insolvencia es ficticia, esto es, tanto en cuanto el deudor sea incapaz efectivamente de cumplir sus obligaciones como cuando puede parecer que no pueda satisfacerlas, aun cuando en realidad ello no sea así. Funda su afirmación en que no se justifica perseguir penalmente al deudor que cumple con sus obligaciones.

⁶⁸ PUGA, Juan. op. cit., p. 223

Igual posición, esto, la exigencia de insolvencia, es sostenida por FUENSALIDA⁶⁹, FERNÁNDEZ⁷⁰, BERESTESKY⁷¹, DEL RÍO⁷², RIVACOBAS⁷³, DÍEZ⁷⁴ y BASCUÑÁN⁷⁵.

GARRIDO⁷⁶ en cambio prescinde totalmente de la exigencia de insolvencia y/o quiebra para configurar el tipo. Su razonamiento arranca fundamentalmente de su visión del tipo como un delito de “mera actividad”, que no exige la producción de un resultado como el perjuicio a los acreedores, ni menos “que el agente se ponga en situación de insolvencia, ni menos aun, que haya sido declarada su quiebra”.

Efectúa esta afirmación a propósito del delito de alzamiento de bienes, considerando en ese punto que el bien jurídico protegido en el delito es el derecho de los acreedores a hacer efectivas sus acreencias en los bienes del deudor, patrimonio que al verse disminuido como consecuencia del alzamiento, “puso en peligro los intereses de los acreedores en cuanto a la recuperabilidad de esos créditos”. No resulta de esta forma necesario que se cause realmente un perjuicio al acreedor o acreedores, exigencia que tampoco se encuentra en la descripción del tipo.

Desdeña asimismo la exigencia de una situación adicional a aquellas extraídas de la pura lectura de la norma, aludiendo a la propia descripción del tipo y a su historia, recordando que el inciso que contiene el delito en comento fue agregado en la Sesión N° 100, de 5 de julio de 1872, sin considerar supuesto alguno de quiebra ni tampoco situaciones de concurso.

⁶⁹ FUENSALIDA, Alejandro. Concordancias i Comentarios del Código Penal Chileno, Tomo Tercero. Lima, Imprenta Comercial Calle del Huallaga, 1883. p. 209

⁷⁰ FERNÁNDEZ, Pedro. op. cit., p. 263

⁷¹ BERESTESKY, Ángel. La Simulación de Contratos en Materia Penal. Memoria de Prueba (Licenciado Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad de Chile, 1929. p. 34

⁷² DEL RÍO, J. Raimundo, op. cit., p. 472

⁷³ RIVACOBAS, Manuel. op. cit., p. 45

⁷⁴ DÍEZ, Raúl. op. cit., p. 223

⁷⁵ BASCUÑÁN, Antonio, op. cit., p. 343

⁷⁶ GARRIDO, Mario. op. cit., p. 285

Específicamente discrepa, tanto para este delito como las demás figuras del 466, de la exigencia de quiebra para el deudor no comerciante. No da mayor valor al alcance que se da en estas disposiciones a la frase “en perjuicio de los acreedores” cuando se enfatiza de esa forma la pluralidad y el conjunto de estos, ya que a su juicio la frase comprende tanto la existencia de un solo acreedor como a la de varios. Atribuye esta interpretación a comentarios de PACHECO.

Da una visión distinta de las referencias históricas utilizadas por ETCHEBERRY. Informa que la Comisión Redactora incorporó la figura del alzamiento de bienes al actual artículo 466, donde no se encontraba penado el concurso (quiebra) del deudor no comerciante sino que solo la insolvencia, de modo que la supresión y posterior reincorporación del delito de alzamiento a la referida disposición, así como la agregación del delito de otorgamiento de contratos simulados en ese mismo lugar, nunca pudieron tener el efecto de concebirlas como delitos del quebrado. Claramente, la Comisión Redactora incorporó la quiebra de los comerciantes y la insolvencia de los no comerciantes en disposiciones separadas, tratándose además de situaciones claramente distintas.

2.- Nuestra posición

a) El delito no exige la quiebra del deudor no comerciante

La primera interrogante que ha de abordarse a la hora de definir los requisitos típicos del delito del inc. 2º del artículo 466 es si es efectivo, como afirma ETCHEBERRY, que su ocurrencia solo es posible respecto del deudor no comerciante declarado en quiebra. A nuestro juicio, los propios argumentos del autor y los antecedentes históricos de establecimiento de la

norma conducen inequívocamente a concluir que no es necesaria la quiebra del deudor ni para este ni para los demás delitos del artículo 466.

En primer lugar, recordemos que refiriéndose al delito de alzamiento el autor sostiene que “el texto legal exige alzamiento ‘en perjuicio de los acreedores’, no de alguno en especial, sino de todos ellos, situación que sólo viene a producirse en la quiebra”. En efecto, la quiebra es el procedimiento que tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona, a fin de proveer al pago de sus deudas. En él tienen derecho a participar todos los acreedores del deudor verificando sus créditos, algunos de los cuales pueden resultar total o parcialmente impagos por la ausencia de bienes realizables y/o por la existencia de créditos que gocen de preferencia para pagarse antes que otros. Como produce para el fallido y todos sus acreedores un estado indivisible, que comprende todos los bienes de aquél y todas sus obligaciones, se entiende que se le considere el ámbito natural para que se haga efectivo el perjuicio para el conjunto de los acreedores y no de algunos de ellos en especial.

No obstante, ocurre que la quiebra como tal no implica necesariamente el perjuicio para los acreedores. Así se aprecia al revisar los supuestos en que puede requerirse la quiebra de un deudor o en que este puede solicitar la declaración de su propia quiebra. Se coincide en señalar que los eventos tipificados en el artículo 41 y 43 del Libro IV del Código de Comercio dan cuenta sobre todo de un estado de cesación en el pago de obligaciones que no importa necesariamente la insolvencia del deudor y que, por ende, no supone en forma obligada que los acreedores en su conjunto dejarán de recibir todo o parte de sus créditos.

Ello es especialmente claro para la causal de los artículos 41 y 43 N° 1, esto es, propiamente la cesación en el pago de una obligación mercantil, pero también para el 43 N° 2 en que iniciadas determinadas ejecuciones no se han presentado bienes para responder a su pago, lo que tampoco supone

necesariamente que tales bienes no existan, y con mayor razón todavía en el 43 N° 3 que evidencia solo una imposibilidad de proseguir las ejecuciones por la huida u ocultamiento del deudor. Tampoco el perjuicio deviene necesario para los acreedores cuando la quiebra se declara por la inasistencia del deudor a la junta en que se discutirá la proposición de convenio judicial preventivo o del rechazo de este, o en caso de declaración de nulidad o incumplimiento de un convenio.

Luego, no es efectivo que sea la quiebra, en el sentido preciso del término, la que acarree necesariamente el perjuicio de los acreedores. Tal afirmación confunde en realidad los conceptos de “quiebra” e “insolvencia”, los que si bien próximos no son similares.

La insolvencia, como situación de hecho en que se encuentra un patrimonio cuando el importe total de sus obligaciones exigibles excede al monto total de sus bienes susceptibles de ser realizados, sin lugar a dudas será el antecedente clave que los acreedores considerarán a la hora de promover la declaración de quiebra, desistiendo de proseguir las ejecuciones individuales. En cuanto evidencia la incapacidad del deudor de pagar todas sus deudas, pone a los acreedores frente a la realidad del perjuicio, esto es, les advierte que algunas de sus acreencias no serán pagadas, o al menos no en forma íntegra. Detectada la insolvencia, más vale adelantarse a que otros acreedores, más diligentes o persuasivos, se paguen de sus créditos u obtengan preferencias disminuyendo los bienes realizables del patrimonio, para lo cual puede pedirse la quiebra si se dan los supuestos legales. Pero lo anterior no significa que la insolvencia necesaria e indefectiblemente lleve a la quiebra.

Es así que no toda insolvencia importa la quiebra, ni toda quiebra importa la insolvencia del deudor. Y, de otra parte, mientras no toda quiebra importa el perjuicio de los acreedores, la insolvencia sí supone necesariamente dicho perjuicio, si no de todos, de algunos de ellos. La tesis

de ETCHEBERRY sería certera si se refiriese a la insolvencia, pero no a la quiebra, y no existe posibilidad alguna de usar indistintamente ambos términos.

Cabe agregar que las razones anotadas son especialmente patentes en las hipótesis punibles del inciso 1° del artículo 466, esto es, la insolvencia derivada de ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de los bienes. Por lo que tampoco es efectivo que los delitos de alzamiento y otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores hubiesen sido agregados a la disposición donde ya se encontraba regulada la quiebra del no comerciante. Allí se trata la insolvencia de este, pero no su quiebra. Tanto así que al tiempo de dictación del Código Penal, en 1875, la quiebra se encontraba regulada en el Libro IV del Código de Comercio únicamente para los deudores comerciantes, situación que permaneció inalterada hasta la vigencia en 1931 de la Ley N° 4.558.

La explicación para la omisión en el texto legal de la referencia a la “quiebra” como se sobreentendería del léxico español utilizado según el autor, tampoco nos parece válida. Efectivamente a la época de dictación del Código Penal, existía un tratamiento distinto para la insolvencia de deudores comerciantes y no comerciantes. Los primeros se sujetaban al procedimiento de quiebra regulado en el Libro IV del Código de Comercio de 1865⁷⁷, mientras que los segundos se regían por las normas del concurso, procedimiento judicial vigente de antaño, incluso antes del Código de Comercio, conforme una de las llamadas “Leyes Marianas”, el Decreto Ley sobre Juicio Ejecutivo de 1837⁷⁸.

⁷⁷ El artículo 1325 del Código de Comercio de 1865 definía la quiebra como: “el estado del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles”, extendiendo su aplicación por ende solo a los deudores comerciantes

⁷⁸ “Art. 82. Compareciendo dos ó más opositores, con títulos distintos solicitando prelación, el juez por el mismo auto en que ordene la citación prevenida en el artículo 72, o por otro posterior, decretará llanamente que se forme concurso a los bienes del deudor”. Este tratamiento dual de la insolvencia vino a confirmarse y consolidarse con la vigencia del Código de Procedimiento Civil, en

Así las cosas, si el legislador hubiese supuesto en los delitos del artículo 466 la situación análoga a la quiebra existente para los deudores no comerciantes, esto es el concurso, lisa y llanamente debió haberlo mencionado⁷⁹, pero no existe siquiera una mención al pasar en la discusión de la Comisión Redactora al respecto. Explicar la omisión en el apego al léxico utilizado en el Código Penal español de 1848 no parece ser un buen argumento considerando que particularmente en este artículo la Comisión innovó sustancialmente respecto del modelo español, al punto de crear el delito del inciso 2° del artículo 466, que nos ocupa, allá ausente, y al quitar autonomía al delito de alzamiento reservándolo solo para deudores no comerciantes.

Respecto del delito de alzamiento en especial, ya indicamos cómo el Código español de 1848 le reguló desde un principio para deudores comerciantes y no comerciantes, con independencia de las penas de las quiebras, ya fueren insolvencias fraudulentas o culpables, situación que persiste hasta el día de hoy. Tampoco los delitos de “insolvencia punible” del deudor no comerciante asociaron su suerte a quiebra alguna.

De este modo, ligar la suerte de la interpretación de los delitos del artículo 466 al derrotero seguido por disposiciones análogas del Código penal español nos lleva inexorablemente a prescindir por completo de la existencia de quiebra para darles aplicación.

Finalmente, del argumento relativo al significado que debe darse al delito, relacionándolo con aquél del artículo 471 N° 2 del Código Penal, ya nos hemos hecho cargo en el capítulo anterior, desmintiendo que se trate de

1902, que reguló extensamente los concursos voluntarios y necesarios de los deudores no comerciantes en el Título III del Libro Tercero, por una parte, mientras que dedicó el Título XVI del mismo Libro a “los juicios de comercio en jeneral” y dentro de éste el Párrafo 3.° a “los procedimientos de la quiebra” (derogando en lo procesal las normas del Libro IV del Código de Comercio). A la dualidad recién se puso fin y para siempre con la ley N° 4.558 de 1931 que reguló la quiebra como un juicio común para toda persona, “sea o no comerciante”, situación que subsiste hasta hoy.

⁷⁹ Como lo hizo el artículo 179 del Código Penal argentino

una disposición aplicable en subsidio del artículo 466 y que por ende nada aporta en la inteligencia de esta última disposición.

En conclusión, ni el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores ni los demás del artículo 466 exigen la previa declaración de quiebra del deudor no comerciante. No ha sido sino el enorme peso intelectual de su autor el que ha difundido esta errónea creencia⁸⁰, que ha transformado al delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores y demás del artículo 466 en verdaderas piezas de museo, a cuyo uso se ha renunciado pese a dar cuenta de situaciones de común ocurrencia y alta dañosidad.

b) La insolvencia como expresión del perjuicio en el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores

La mayor parte de los autores consultados coinciden en señalar que el delito del artículo 466 inc. 2º, si bien no exige quiebra, demanda para su configuración el estado de insolvencia del deudor. Es la posición de autores contemporáneos como RIVACOBA⁸¹, PUGA⁸², DIEZ⁸³ y BASCUÑÁN⁸⁴, y especialmente la de los autores clásicos como DEL RÍO⁸⁵, FUENSALIDA⁸⁶, y

⁸⁰ Ver por ej. sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 3 de abril de 2008, Rol N° 518-2007, N° Legal Publishing 38699: “Que aunque la ley no lo dice y no ha sido de una solución pacífica por los autores, señalan que para hacer efectiva la responsabilidad penal del deudor civil del artículo 466 del Código Penal, debe estar éste declarado previamente en quiebra por sentencia judicial ejecutoriada” (considerando N° 5)

⁸¹ RIVACOBA, Manuel. op. cit., p. 45

⁸² PUGA, Juan. op. cit., p. 226

⁸³ DÍEZ, Raúl. op. cit., p. 223

⁸⁴ BASCUÑÁN, Antonio, op. cit., p. 343

⁸⁵ DEL RIO, J. Raimundo. op. cit., p. 472

⁸⁶ FUENSALIDA, Alejandro. op. cit., p. 209

FERNÁNDEZ⁸⁷ y de los memoristas consultados, como BERESTESKY⁸⁸ y VALENZUELA⁸⁹.

Tal conclusión se deriva inevitablemente de la exigencia de actuar “en perjuicio de los acreedores”. Debemos recordar al efecto que el bien jurídico que se protege a través de él es el derecho a la satisfacción que el acreedor tiene sobre el patrimonio del deudor.

Asimismo debemos considerar que se ha caracterizado al delito entre aquellos de mera actividad, donde no se requiere para su consumación la producción efectiva de un perjuicio para los acreedores, sino que basta con poner en peligro el patrimonio de estos al crear el riesgo de que no sean pagados en sus acreencias por carecer el patrimonio del deudor de bienes suficientes para dicho fin. El delito no requiere que el acreedor deje de ser efectivamente pagado, pues ello implicaría la exigencia de un resultado, una modificación del mundo exterior distante de forma relevante en el tiempo con la acción delictuosa, en este caso, la celebración del contrato simulado, sin la cual el delito no se consumaría.

Con todo, resta por escudriñar el contenido que ha de tener el perjuicio que debe ser buscado por el autor. Sin lugar a dudas que debe ser contenido económico, patrimonial, pero ¿ha de ser el mismo tipo de perjuicio que se protege en los demás delitos de defraudación?, ¿hace alguna diferencia que el delito no sea de lesión propiamente tal del bien jurídico, sino solo de peligro?.

El ánimo que gobierna el delito es del perjudicar a los acreedores, mas es evidente que ello no es suficiente como justificación del injusto si la conducta en sí no tiene un contenido mínimo de posibilidad real de causar el perjuicio. Así, un deudor solvente, de un patrimonio consolidado, no comete

⁸⁷ FERNÁNDEZ, Pedro. op. cit., p. 263

⁸⁸ BERESTESKY, Ángel. op. cit., p. 34

⁸⁹ VALENZUELA, Mario. op. cit., p. 40 y ss., quien con acierto llama al delito del inciso 2° del artículo 466 “insolvencia simulada”

el delito si celebra contratos simulados con el ánimo declarado de perjudicar a sus acreedores, si en definitiva conserva bienes suficientes para hacer frente a todas sus acreencias. El derecho penal no puede castigar las puras malas intenciones, los malos propósitos o las simples mentiras, aun cuando se expresen en el mundo exterior a través de acciones u omisiones, si no tienen virtualidad alguna de poner en peligro un bien jurídico.

Si el bien jurídico es el derecho del acreedor a obtener la satisfacción de su crédito realizándolo en bienes del deudor, el contrato simulado punible ha de poner realmente en riesgo la realización de dicho derecho, más allá de la pura intención de su autor. El delito debe situarse de esta forma entre aquellos de “peligro concreto”, esto es, cuando la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual. En este caso ello implica que debe existir efectivamente la posibilidad de que el acreedor no vea satisfecho su derecho por haber salido simuladamente bienes del patrimonio del deudor. Ir más allá y castigar la simulación sin que exista dicho peligro real para el derecho de crédito del acreedor, haría a este delito el único de peligro abstracto dentro de los delitos contra el patrimonio, exacerbando el adelantamiento penal sin que exista una razón político criminal ni una cantidad de injusto suficiente que lo justifique.

A estas alturas es posible preguntarse entonces en qué circunstancias la celebración de un contrato simulado es capaz de poner en peligro real el derecho de crédito de los acreedores, más allá de la pura intención del otorgante. Descartada está ya la producción real del perjuicio, esto es, el impago del crédito pues de esa forma el patrimonio se afectaría efectivamente y el delito se volvería de lesión. La respuesta se encuentra en la insolvencia.

La insolvencia del deudor es la situación de hecho de su patrimonio en que los bienes existentes en él son inferiores al importe de las deudas

que soporta. Dicho de otro modo, no existen bienes suficientes para cubrir todos los pasivos que le afectan. El riesgo de que alguna o algunas de las acreencias existentes no se pague es evidente: simplemente no hay bienes suficientes para pagarlas todas, de modo que algunas con un alto grado de probabilidad quedarán insatisfechas, al menos vista la realidad del patrimonio en un determinado momento. Para que se configure el delito del artículo 466 inc. 2° ese momento es aquel en que el deudor no comerciante otorga el contrato simulado haciendo salir de su patrimonio un bien que, en otras circunstancias, serviría para que los acreedores se hicieren pago.

La exigencia de insolvencia en el delito del artículo 466 inc. 2° viene de esta forma exigida por la propia naturaleza del delito, aunque el texto no lo diga explícitamente. Es la forma en que se expresa el perjuicio a los acreedores, buscado por el sujeto activo, y que hace punible su conducta. En el fondo, tal como afirma MUÑOZ CONDE para el delito de alzamiento de bienes, la conducta típica también consiste en este caso en insolventarse, en hacerse insolvente, solo que a través de una modalidad comisiva específica: insolventarse otorgando contratos simulados con la intención de perjudicar a los acreedores⁹⁰.

Sin insolvencia no es posible hallar un umbral mínimo de perjuicio a los acreedores que amerite la admonición a través del castigo penal. Si un deudor desea poner a resguardo sus bienes más queridos o valiosos (el inmueble que heredó de sus padres, una obra de valor histórico, las acciones que debiesen subir de valor en el futuro, etc.) y los vende simuladamente a un tercero, pero conservando en su patrimonio otros bienes de valor suficiente y realización posible para atender al total de sus deudas, no comete delito alguno. No se justificaría que por la mera intención de evitar que la ejecución recaiga sobre un bien propio determinado, la enajenación

⁹⁰ En el mismo sentido RIVACOBBA, Manuel. op. cit., p. 106

simulada de ese bien sea típica, si a la larga el deudor conserva otros en los cuales su acreedor pueda hacerse pago.

La Corte Suprema ha señalado a propósito de la acción pauliana establecida en el artículo 2468 del Código Civil que: “el acreedor que entabla una acción pauliana, debe tener un interés, y lo tendrá cuando el deudor sea insolvente, y que, además, *el acto que se pretende revocar cause perjuicios a su acreedor, lo que ocurrirá cuando provoque o aumente la insolvencia del deudor*”⁹¹. De esta forma, el máximo tribunal identifica perjuicio a los acreedores con creación u aumento de insolvencia.

Cabe agregar que no obsta a la conclusión expuesta el que el bien enajenado en forma simulada sea de más fácil realización que aquellos que se conservan, como sería el caso de quien enajena simuladamente todas sus acciones de presencia bursátil, pero conserva los inmuebles, siempre que el valor comercial de estos satisfaga el importe de las deudas existentes. El delito no se estableció para facilitar el ejercicio del derecho de crédito de los acreedores, sino que solo para garantizarlo. El bien jurídico protegido no es el acceso a una satisfacción expedita del derecho de crédito, sino que puramente el derecho de crédito de los acreedores. Que ello resulte más difícil y costoso no parece motivo suficiente para punir la conducta. El perjuicio debe ser más que la pura molestia de seguir buscando otros bienes para ejecutar, o de tener que proseguir una ejecución más larga y compleja. Solo se justifica el castigo si el contrato simulado impide la satisfacción de los créditos de uno o más acreedores, esto es, si el deudor cae en insolvencia.

Para que se configure el delito pues, si bien no se requiere la existencia de un perjuicio efectivo (el impago del crédito) sí se requiere que se produzca la insolvencia del deudor.

⁹¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia T. LXXXV, sec. 1ª., p.118

Inevitable resulta concluir de lo anterior que en el delito efectivamente se percibe la producción de un resultado para obtener su consumación. Lo que ocurre es que ese resultado no es de naturaleza material como en la generalidad de los delitos de resultado (la muerte en el homicidio, el perjuicio económico en la estafa, etc.), sino que, al igual que para el delito de alzamiento⁹² y en una definición perfectamente aplicable al otorgamiento de contrato simulado, es un *resultado jurídico*. Resultado jurídico que consiste en la “mera afección del bien jurídico protegido” y que se distingue del resultado en sentido natural consistente en el perjuicio efectivo a los acreedores, el que en este delito no es necesario que se produzca.

De esta forma es posible distinguir en el delito de otorgamiento de contrato simulado un perjuicio como resultado jurídico exigido para consumar el delito (la insolvencia) y un perjuicio como resultado natural adicional y prescindible (el impago del crédito) residente en la etapa de agotamiento, posterior a dicha consumación.

3. El Bien Jurídico

El bien jurídico protegido en el delito del inciso 2° del artículo 466 es de naturaleza claramente patrimonial. En efecto, los contratos que se prohíben por ser simulados son los que comprometen la integridad del patrimonio del deudor, concretamente los bienes que le constituyen y que eventualmente serían el objetivo de los acreedores que quieran pagarse de sus acreencias cuando estas se incumplan. En eso consiste el ánimo de perjudicar a los acreedores, en volverse el deudor insolvente al punto que los bienes que retiene en su patrimonio no satisfarán la totalidad de sus pasivos.

⁹² VIVES, Tomás y GONZÁLEZ, José. op. cit., p. 62; MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., p. 122

De este modo es acertada la afirmación de GARRIDO que reconoce como bien jurídico penal en este delito “la facultad de los acreedores para exigir que el deudor mantenga bienes suficientes donde hacer efectivos sus derechos cuando corresponda, es evitar el peligro de que quede en insolvencia”⁹³. Lo que se busca es que el patrimonio del deudor conserve una cantidad suficiente de bienes para responder de sus deudas y que ello no se estropee a través de maniobras defraudatorias desplegadas por este, tales como los contratos simulados, el alzamiento de bienes o el ocultamiento, enajenación maliciosa y dilapidación de sus bienes. Se trata de un bien jurídico común a todos los delitos del artículo 466, toda vez que la pretensión de los acreedores puede verse frustrada por cualesquiera de esas vías en la medida que tengan la virtualidad de provocar o agravar la situación de insolvencia del deudor.

IV. DOGMÁTICA DEL DELITO DE OTORGAMIENTO DE CONTRATO SIMULADO EN PERJUICIO DE LOS ACREEDORES

A. TIPICIDAD OBJETIVA

1.- EL SUJETO ACTIVO

a) Consideraciones Generales

El sujeto activo del delito es el deudor no comerciante. Así se deriva del texto expreso de la disposición legal y del bien jurídico que se protege con su establecimiento.

⁹³ GARRIDO, Mario. op. cit., p. 296

El concepto de deudor no comerciante no se encuentra definido en el Código Penal, sino que ha de buscarse en la legislación mercantil para darle significado por ser allí donde se regula extensamente esta figura, además de que en su origen el establecimiento del delito estuvo íntimamente ligado a dicha regulación.

Conforme lo dispuesto en el artículo 7° del Código de Comercio son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual, definición complementada por el artículo siguiente, conforme el cual no es comerciante el que ejecuta accidentalmente un acto de comercio.

Por su parte, la profesión de comerciante se define por la realización habitual de “actos de comercio”, taxativamente enumerados en el listado del artículo 3° del Código de Comercio.

De esta forma, podemos señalar que el sujeto activo del delito está constituido por:

- a) Quienes nunca realizan actos de comercio.
- b) Quienes realizan actos de comercio pero solo de modo accidental.
- c) Los que realizan actos de comercio habitualmente, pero carecen de capacidad para contratar.
- d) La mujer casada que realiza actos de comercio pero no lo hace en forma separada del comercio de su marido (artículo 14 del Código de Comercio).

Fuera de los casos expuestos la celebración de contratos simulados en perjuicio de los acreedores no da lugar al delito del artículo 466. No es relevante por ende para la incardinación en dicha figura el carácter que tenga la obligación previa de la que se deriva la recíproca calidad de deudores y acreedores, ni tampoco el carácter mercantil que pudiese tener el propio

contrato simulado, sino que solo la calidad personal que ostenta el sujeto activo. La obligación que se pretende evadir a través del contrato simulado podría provenir perfectamente de un acto de comercio, pero con tal que el deudor no realice actividades de ese tipo en forma habitual, de todos modos será sancionado de conformidad al artículo 466. Por el contrario, si el deudor es comerciante en los términos del artículo 7° y celebra un contrato simulado para evadir una obligación civil (por haber incurrido por ej. en responsabilidad extracontractual) no será sancionado ni por el artículo 466, ni por delito alguno, salvo que sea declarado en quiebra y se diese la presunción de quiebra fraudulenta del artículo 220 N° 3 de la Ley de Quiebras (Libro IV del Código de Comercio).

Una situación especial se produce con los deudores calificados no comerciantes del artículo 41 del Libro IV del Código de Comercio y con los deudores no comerciantes cuya quiebra se declara por fuga u ocultamiento. Por disposición del artículo 234 de dicho cuerpo legal, los delitos de quiebra fraudulenta y culpable proceden solo respecto de los deudores enumerados en el artículo 41 -que incluye dos casos de deudores propiamente comerciantes (el deudor que ejerce una actividad comercial e industrial) y dos no comerciantes (el deudor que ejerce actividades mineras y agrícola)-, y respecto del quebrado, cualquiera sea su tipo, declarado en quiebra conforme el artículo 43 N° 3 (cuando el deudor se fugue del territorio de la República o se oculte dejando cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado persona que administre sus bienes con facultades para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas).

A su vez, dentro de las hipótesis de quiebra fraudulenta del artículo 220, la del N° 3 prevé aquella del deudor calificado que “hubiere supuesto enajenaciones, con perjuicio de sus acreedores”, situación del todo análoga a la celebración de contratos simulados.

Luego, podría darse el caso de un deudor no comerciante, pero calificado por su actividad minera o agrícola, o declarado en quiebra por fuga u ocultamiento, que otorgue contratos simulados en perjuicio de sus acreedores, situación que aparentemente podría ser castigada por la vía del delito del artículo 466 y como quiebra fraudulenta. Este aparente conflicto -y no es causal la expresión que utilizamos- ha sido expresamente resuelto por el artículo 234 del Libro IV del Código de Comercio, en cuanto dispone que: “Las disposiciones del presente Título no se aplicarán al deudor no comprendido en el artículo 41°, el que quedará sujeto a las prescripciones del Código Penal”. De esta forma, declarada la quiebra prima la punición por quiebra fraudulenta para el deudor calificado, mientras que se aplicará el artículo 466 para el deudor no calificado declarado en quiebra por fuga u ocultamiento⁹⁴.

b) Autoría

Es autor del delito quien realiza materialmente los presupuestos del tipo penal, siéndole objetiva y subjetivamente imputable el hecho punible. Tal calidad alcanza en este caso a quien otorga el contrato simulado, a quien concurre con su voluntad a su celebración en perjuicio de sus acreedores, cayendo o agravando su situación de insolvencia.

En este delito se requiere de un sujeto calificado, puesto que sólo puede ser agente alguien que tiene acreedores de índole pecuniaria, y no cualquier persona⁹⁵.

⁹⁴ Una variante al problema se presentará si se celebra el contrato simulado, se inicia el proceso penal por el delito del artículo 466 y luego se produce la declaración de quiebra. Si bien éste es un tema de índole estrictamente procesal, podemos mencionar que la quiebra posterior obligaría a reformular la investigación por el delito de quiebra fraudulenta si se diesen sus supuestos.

⁹⁵ GARRIDO, Mario. op. cit., p. 295

La exigencia de una cualidad especial en el sujeto activo, un deudor no comerciante, vuelve a este delito uno especial propio. Es especial en cuanto no puede ser cometido por cualquier persona, sino que solo puede predicarse respecto del deudor no comerciante. Es especial propio en cuanto la no concurrencia de la calidad especial en el sujeto activo, la de deudor no comerciante, vuelve la conducta atípica ya que es tal calidad la que funda el injusto.

Es por ello que no existe una figura residual susceptible de ser castigada para quien no es deudor. Como ya expresamos en el capítulo anterior, el delito del artículo 471 N° 2 del Código Penal no opera como figura subsidiaria respecto del artículo 466, de modo que no puede buscarse allí la respuesta, al menos cuando se trata de juzgar el otorgamiento del contrato simulado en perjuicio de los acreedores.

La calidad de deudor para estos efectos, no solo puede provenir de ser el obligado principal en la relación obligacional previa, sino que también de la asunción de la obligación por una vía distinta, como puede ocurrir con el fiador, o con quien se obligó a una cláusula penal por una deuda ajena, o con el deudor solidario. Este último es el caso frecuente del propietario del vehículo que simula enajenaciones para evitar responder civilmente por los daños o perjuicios que se ocasionen con su uso.

No ocurre otro tanto con quienes, sin tener la calidad de deudores, solo gravan sus bienes para asegurar obligaciones ajenas sin constituirse paralelamente en deudores, como ocurre con el tercer poseedor de la finca hipotecada o de la especie pignorada. Si este celebra contratos simulados sobre el bien otorgado en garantía hipotecaria o en prenda hasta caer en insolvencia, no puede ser considerado autor del delito del artículo 466 por no tener la calidad de “deudor”.

Habrá coautoría en este delito si, además de la ejecución conjunta y del acuerdo de voluntades, todos los sujetos contratantes tienen la calidad de

deudores no comerciantes y celebraron cada uno el contrato simulado en perjuicio de sus respectivos acreedores. Sería el caso de la celebración de un contrato simulado por quienes poseen proindiviso el bien transferido, en cuyo caso podrían darse las siguientes situaciones:

a) Deudores comerciantes o no comerciantes que celebran el contrato pero sin ánimo de perjudicar a sus acreedores propios sino que solo para permitir que otro de los contratantes, un deudor no comerciante, perjudique a sus propios acreedores. Estos contratantes, lo mismo que quien recibe el bien simuladamente, cualquiera sea su calidad, responderán a título de partícipe del delito del artículo 466. Como el concierto previo resulta evidente, lo serán en calidad de autores cómplices del artículo 15 N° 3 del Código Penal

b) Deudor no comerciante que celebra el contrato simulado para perjudicar a sus acreedores en conjunto con otros deudores no comerciantes que persiguen el mismo fin respecto de sus propios acreedores. Cada uno de ellos responde como coautor del delito del artículo 466.

c) Deudor comerciante que celebra el contrato con ánimo de perjudicar a sus acreedores en conjunto con un deudor no comerciante que persigue el mismo fin respecto sus propios acreedores. El primero responderá como autor del delito de quiebra fraudulenta si ha caído en ese estado, o bien como partícipe del delito del artículo 466 en el caso contrario. Por cierto el deudor no comerciante responderá como autor.

b.1) La actuación a nombre de otros

Como se ha señalado, el autor del delito, esto es, quien realiza materialmente los presupuestos del tipo penal siéndole objetiva y

subjetivamente imputable el hecho punible, debe ser un deudor no comerciante.

Se plantea en este punto la situación de quienes celebran contratos simulados pero a nombre de otros, ya sea como mandatarios, representantes legales o, paradigmáticamente, en representación de personas jurídicas. En estos casos quien ejecuta materialmente la conducta de otorgar el contrato, esto es, quien concurre materialmente a su celebración, no es quien tiene la calidad de deudor de los acreedores que podrán resultar perjudicados y, por cierto, no es quien cae en insolvencia, sino que su mandante o representado.

Las distintas situaciones planteadas pueden abordarse también de diversa forma:

b.1.1) Actuación del representante de una persona jurídica

Por cierto que solo tiene sentido referirse a este supuesto tratándose de personas jurídicas que puedan ser consideradas no comerciantes, esto es, sociedades colectivas y de responsabilidad limitada civiles, corporaciones y fundaciones, dejando fuera a sociedades anónimas y empresas individuales de responsabilidad limitada, que son comerciales por esencia.

En este caso la calidad de deudor la tiene la persona jurídica y no el agente que actúa por ella. Ello impide en términos absolutos hablar de autoría por parte de quien celebra el contrato simulado, por carecer de la calidad especial exigida por el tipo, si bien es quien materialmente incurre en la conducta⁹⁶. Asimismo, por carecer las personas jurídicas de responsabilidad penal y por actuar sin lugar a dudas el agente en forma

⁹⁶ En el mismo sentido para el artículo 179 inc. 1° del Código Penal argentino: CREUS, Carlos. op. cit., p. 548

dolosa, no podría siquiera concebirse una autoría mediata. Y, por aplicación de la dominante teoría de la “accesoriedad limitada o media”, al no ser típica la conducta respecto de quien supuestamente debiese ser el autor del ilícito tampoco existe la posibilidad de construir una participación criminal.

La conclusión señalada ya fue denunciada por la doctrina y jurisprudencia españolas previo al establecimiento del artículo 15 bis en su reforma al Código Penal en 1983, actual artículo 31 del Código de 1995, que solo pudo resolverse por la vía legal antes mencionada como forma de salvar una evidente laguna de impunidad.

En nuestro caso cabe agregar que a propósito de los deudores comerciantes y, específicamente respecto de los delitos de quiebra, el legislador se hizo cargo de este problema explícitamente en el artículo 232 de la Ley de Quiebras (Título IV del Código de Comercio) conforme el cual los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, serán castigados *“como reos de quiebra culpable o fraudulenta, según el caso, cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones a que se refieren los artículos 219° y 220°, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones”*.

No obstante una norma análoga no se reproduce a propósito de los delitos de insolvencia del Título 7, incluido el otorgamiento de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores, por lo que la conducta descrita en este delito proviniendo de personas naturales actuando en representación de personas jurídicas resta impune.

Cabe, con todo, considerar la excepción prevista en la doctrina y jurisprudencia españolas en cuanto no es necesario recurrir a la previsión de su artículo 31 (antes 15 bis) “si no existe diferenciación entre la persona jurídica y la persona física, y no la hay cuando actúan con plena

identificación”, reservando su aplicación “a aquellos casos en los que existe verdadera representación de una persona jurídica, con clara diferenciación patrimonial”⁹⁷. Se acoge de esta forma una teoría de la realidad patrimonial y no la teoría jurídico-formal, ya que en palabras de una sentencia del Tribunal Supremo “tanto o más que los derechos civil y mercantil, el penal debe descubrir la efectiva realidad patrimonial subyacente, por encima de las apariencias corriendo el velo societario que a veces oculta realidades y fraudes de ley”⁹⁸.

Esta doctrina, conocida como “levantamiento del velo”, es ya conocida en nuestro país en la jurisdicción laboral. Si bien en materia penal puede resultar para algunos autores como “exagerada e inaceptable”⁹⁹, en casos extremos donde resulte ostensible la inexistencia de una verdadera persona jurídica, sino que la completa actuación del patrimonio de una persona natural a través de la máscara de una persona jurídica y su utilización para defraudar, puede servir en nuestro país para castigar conductas defraudatorias. Y ello sin forzar el principio de legalidad, sino que únicamente formando convicción probatoria acerca de la realidad con que ocurren los hechos.

b.1.2) Actuación del representante de una persona incapaz para obligarse

Este es el caso del padre o madre que ejercen la patria potestad sobre los bienes de sus hijos no emancipados, y de los guardadores, tutores o curadores. Pueden estos celebrar contratos simulados sobre los bienes de sus hijos, pupilos o de la herencia yacente para perjudicar a los acreedores

⁹⁷ VIVES, Tomás y GONZÁLEZ, José. op. cit., p. 41

⁹⁸ STS español 12 de diciembre de 1989

⁹⁹ VIVES, Tomás y GONZÁLEZ, José. loc. cit.

de estos, en cuyo caso cabe preguntar si pueden ser considerados autores del delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores.

La solución en estos casos ha de ser similar a la de las personas jurídicas, ya que quienes actúan en representación de otros no tienen personalmente la calidad especial que funda el injusto en el delito, esto es, la calidad de deudores. No pueden de forma alguna ser considerados autores o coautores del delito.

b.1.3) Actuación en representación convencional de otro

Este es el caso en que el deudor no comerciante celebra contratos simulados en perjuicio de sus acreedores pero no interviene personalmente en el contrato sino que actúa a través de mandatarios.

Esta situación cobra interés si el mandante, deudor no comerciante, es quien adopta la decisión de celebrar el contrato simulado concurriendo en él las exigencias objetivas y subjetivas del delito, valiéndose del mandatario únicamente para que comparezca materialmente al otorgamiento.

En tal caso el mandante sí responde del delito como autor, ya que es quien cuenta con el dominio del hecho, quien controla su desarrollo, aunque no interviene materialmente en su realización, sino que lo hace a través de un tercero. Este último a su vez, en cuanto no ostenta la cualidad especial, responde a título de partícipe, concretamente en virtud del artículo 15 N° 3 del Código Penal, siempre que opere a su respecto el principio de convergencia, esto es, en cuanto actúe dolosamente respecto de los actos propios de su participación en el hecho, y conozca y acepte la voluntad de realización del autor. Concretamente ello implica a su respecto el

conocimiento del ánimo subjetivo del autor de perjudicar a sus acreedores y de la situación de insolvencia que ello acarrearía o agravaría.

Si no se diese dicha convergencia en quien celebra el contrato a nombre de otro, aquél ha de ser castigado a título de autor mediato, mientras que el otorgante material carecería de responsabilidad penal¹⁰⁰.

c) Participación

Tratándose de partícipes no existe impedimento para castigarles por el delito del artículo 466, aun cuando no se presente en ellos la calidad especial que exige el delito¹⁰¹.

Teóricamente, no puede descartarse la existencia de una inducción a la comisión del delito dirigida al deudor no comerciante para que celebre el contrato simulado en perjuicio de sus acreedores, en cuyo caso el inductor responderá conforme el artículo 15 N° 2 del Código Penal. Más difícil cuesta imaginar la situación de complicidad prevista en el artículo 16, ya que la convergencia indispensable en el partícipe cómplice en un delito de este tipo resulta inimaginable sin concierto previo entre los intervinientes.

¹⁰⁰ En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., p. 180, para el caso en que “el deudor para frustrar la reclamación de sus acreedores ordena a su apoderado o administrador, que nada sabe, que enajene todo sus bienes”, ejemplo que si bien lo usa para el delito de alzamiento de bienes, sirve en nuestro estudio en el evento que la enajenación sea simulada

¹⁰¹ Doctrina reconocida por la Excm. Corte Suprema en sentencia de 1° de julio de 2008 para el delito tributario del artículo 97 N° 4 del Código Tributario, con comentario crítico en VAN WEEZEL, Alex. El sujeto activo del delito previsto en el artículo 97 N° 4 inciso 2° del Código Tributario. Jurisprudencia al Día Legal Publishing (101), Diciembre 2008., quien propone el castigo del *extranei* a título de complicidad, del mismo modo que CURY, Enrique Derecho Penal Parte General. 9ª. Ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2009. 618 pp. con apoyo en sentencia Corte Suprema de 22 de mayo de 2001, de su redacción (en Gaceta Jurídica N° 251, p. 128); también en ese sentido GIMBERNAT, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial IB de F, 2006. 223 pp.; y MEZGER, Edmundo. Derecho Penal I. 6ª. Valletta Ediciones, 2004. p. 221.

La forma de participación más habitual en estos casos será la de la complicidad considerada como autoría del artículo 15 N° 3 del Código Penal, considerando que el co-contratante no deudor sin lugar a dudas facilita “los medios con que se lleva a efecto el hecho”, ya que la celebración del contrato simulado exige su presencia recibiendo el bien que se pretende sustraer a la ejecución de los acreedores o para que a su favor se constituya el gravamen con que se pretende perjudicar a estos últimos.

Es por ello que se identifica habitualmente a este delito como uno de “participación necesaria” de los denominados de “convergencia”, en cuanto puede ser cometido solo por una pluralidad de sujetos en que la voluntad de los partícipes se mueve en la misma dirección¹⁰². De hecho, no hay simulación en actos unilaterales¹⁰³. Tal afirmación es cierta aun cuando no puede descartarse la hipótesis excepcional en que coincidan materialmente ambos contratantes, como en el caso del autor que contrata consigo mismo: por una parte como deudor no comerciante que transfiere o grava un bien en perjuicio de sus acreedores, y por otra como representante de una persona natural distinta, o de una sociedad, propia o ajena, que recibe simuladamente el bien.

Esta coparticipación necesaria exige que el “dolo habrá de existir y latir por igual en cuantos simulen el contrato”¹⁰⁴.

Todavía cabe imaginar una hipótesis de encubrimiento si, ya celebrado el contrato simulado y consumada su realización del punto de vista penal, quien recibió los bienes simuladamente enajenados celebra a su vez un contrato real o simulado con un tercero para dificultar aun más su

¹⁰² JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho Penal Parte General. Granada, Editorial Comares, 2002. p. 751

¹⁰³ BERESTESKY, Ángel. op. cit., p. 8; CONCHA, Hernán. Defraudaciones. Memoria (Licenciado Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad de Chile, 1945. p. 71; RIVACOBBA, Manuel. op. cit., p. 37

¹⁰⁴ RIVACOBBA, Manuel. op. cit., p. 37. También, aunque referido al delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro: SOLER, Sebastián. op. cit., p. 495; y CREUS, Carlos. op. cit., p. 488

realización por parte de los acreedores. En tal caso el tercero, si actuó con conocimiento de la perpetración del delito original, respondería a título de encubridor, mientras que su co-contratante no podría ser castigado por este nuevo contrato ya que incurriría en una conducta de auto encubrimiento, normalmente impune en nuestro derecho y claramente en un caso como este. Nótese que para estos efectos resulta irrelevante que el nuevo contrato sea real o simulado, puesto que a través de él no se comete un nuevo delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores toda vez que los intervinientes actuales no perjudican forzosamente a sus acreedores propios.

2.- EL SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo del delito es el acreedor del deudor no comerciante, quien tiene derecho a exigirle el cumplimiento de la obligación contraída.

Como ya se señaló, el bien jurídico protegido en este delito es el derecho de los acreedores a ver satisfechos sus créditos en los bienes del deudor, como una forma indirecta de proteger su patrimonio. Se descarta de esta forma la concurrencia de un bien jurídico de carácter macrosocial o supraindividual, conforme el cual el sujeto pasivo pudo extenderse, más allá de los acreedores, a la sociedad en su conjunto¹⁰⁵.

El artículo 466 identifica el sujeto pasivo del delito de la siguiente forma: “dichos acreedores”, en plural, de lo que cabe preguntarse si el sujeto

¹⁰⁵ Para las insolvencias punibles en general BUSTOS propone que el bien jurídico no puede definirse desde una perspectiva microsocia “pues entonces la intervención punitiva carece de fundamentación y sería simplemente la protección de derechos subjetivos y no de un bien jurídico”, proponiendo en cambio como tal al “sistema económico crediticio”, lo que le conduce a la inaceptable conclusión –entendemos de *lege ferenda*- de que no pueda incluirse en estos delitos la insolvencia punible del pequeño empresario (BUSTOS, Juan. Obras Completas Derecho Penal Parte Especial Tomo III. 2ª. Edición. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009. pp. 359-361)

pasivo en este delito ha de ser el conjunto de los acreedores del deudor no comerciante, o puede ser parte de ellos, o aun uno solo.

La interpretación conforme la cual el delito importa el perjuicio de todos los acreedores es minoritariamente sostenida en nuestro país por ETCHEBERRY¹⁰⁶. Si bien su posición resulta coherente con la idea a la que adhiere, de que todos los delitos del artículo 466 presuponen la quiebra del deudor, lo cierto es que el punto de partida de su opinión se encuentra en el mero uso gramatical del plural. Tal enunciado ha encontrado un rechazo prácticamente unánime en la doctrina nacional, y tampoco se le considera en la doctrina extranjera en aquellos casos donde se utiliza expresión análoga¹⁰⁷. La utilización del plural se justifica pues es más comprensiva ya que también considera la unidad, no así el caso inverso¹⁰⁸.

De cualquier forma, si se considera que el perjuicio buscado hacia los acreedores se alcanza en la medida que el deudor caiga en insolvencia, esta y el delito consecuentemente, afectan a buena parte si no a todos los acreedores. La reducción maliciosa del patrimonio, aunque persiga poner los bienes a resguardo de alguna deuda específica, quizás la de mayor monto o aquella cuya ejecución se encuentra más avanzada, acarrea la situación de insolvencia que termina perjudicando al resto de los acreedores, todos los cuales habrán de ser considerados sujetos pasivos del delito. Solo no tendrían tal carácter los titulares de acreencias que gocen de privilegio, siempre que los bienes que restan en el patrimonio luego de celebrado el contrato simulado alcancen a pagarlas. Si no existen privilegios todas las acreencias se encuentran en peligro.

El tema tiene un alcance que excede lo puramente teórico, ya que impacta en la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios para obtener la extinción de la responsabilidad penal del deudor imputado, conforme lo

¹⁰⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., pp. 386, 390

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., p. 113

¹⁰⁸ *Ibíd*em, p. 113

dispuesto en el artículo 241 del Código Procesal Penal. Un acuerdo de esta naturaleza -perfectamente posible al afectar el delito bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial- solo tendría eficacia si se celebra entre el imputado y todos los sujetos pasivos del delito, esto es, todas las víctimas en la terminología del artículo 108 del Código Procesal, a lo que no debe dejar de prestarse atención para evitar una aplicación torcida de esta salida alternativa.

La utilización de la aludida expresión “acreedores”, en plural, adquiere relevancia asimismo para descartar un concurso real de delitos en el evento de que la celebración de un contrato simulado pretenda e importe efectivamente el perjuicio de varios acreedores. De esta forma, se busque perjudicar y se perjudique efectivamente a uno o a varios acreedores a la vez, el delito es siempre uno solo, siempre que se trate de un mismo contrato simulado. Distinta en cambio sería la situación en que se celebra más de un contrato simulado en perjuicio de los acreedores, en cuyo caso estaríamos en principio en presencia de delitos reiterados, aunque no cabe descartar la existencia de un delito continuado.

Finalmente, cabe expresar que las características que reviste el acreedor resultan indiferentes para configurar el delito. La única variante a este respecto está constituida por la posible concurrencia de una excusa legal absolutoria dependiendo si se dan los supuestos del artículo 489 del Código Penal, tema al cual nos referiremos más adelante.

3.- LA RELACIÓN JURÍDICA OBLIGACIONAL

El delito del artículo 466 se comete por el deudor no comerciante en perjuicio de sus acreedores. Por ende es el vínculo entre uno y otros el que genera el único ámbito situacional en que puede cometerse el delito, del cual

es presupuesto básico. Este ámbito corresponde a la relación que vincula a deudor y acreedor, requisito conocido como la “relación jurídica obligacional”.

En efecto, el contrato simulado se produce para perjudicar a los acreedores que se hallan en una relación jurídica preexistente con el autor del delito, en virtud del cual el deudor contrajo una o más obligaciones de distinta índole en favor de aquellos. Es precisamente para frustrar el cumplimiento de estas que se celebra el contrato simulado.

Dos temas resultan de interés para definir esta relación jurídica obligacional preexistente: de qué tipo puede ser esta, y la situación en que debe encontrarse: si ya vencida y exigible, o meramente nacida.

a) El tipo de obligación previa

El artículo 1437 del Código Civil identifica las fuentes de las obligaciones: el concurso real de voluntades, el hecho voluntario de quien se obliga, la comisión de un hecho que causa daño o injuria a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos, y la ley.

De todas las fuentes señaladas no ofrecen mayor dificultad para constituir la relación previa en el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores aquellas nacidas del concurso de voluntades de deudor y acreedor, como en los contratos, o de la sola voluntad unilateral del deudor, como ocurre con la donación o con la aceptación de una herencia.

Tampoco debiesen presentar mayores dificultades las obligaciones nacidas de la responsabilidad extracontractual, sea esta delictual o cuasidelictual, producto de la provocación de un daño en la persona o propiedad de otro y que pueda imputarse a malicia o negligencia. De hecho

no son pocos los casos donde el otorgamiento del contrato simulado obedece al explícito propósito de sustraer los bienes propios al eventual cumplimiento de una condena por este concepto, ya sea por la comisión de delitos propiamente tal, como -y sobre todo- cuasidelitos y daños causados transgrediendo infracciones meramente contravencionales.

Más discutible puede resultar la aplicación del ilícito para perjudicar acreedores surgidos de obligaciones meramente legales, las que se imponen al deudor sin su voluntad por encontrar su fuente directamente en la ley. Es el caso de las deudas por concepto de alimentos que por ley se deben a ciertas personas, de las deudas que se deben por retención de los aportes a la seguridad social, de las deudas que se deben al Fisco por concepto de la recaudación tributaria y de las obligaciones que tienen origen en el ejercicio del “*ius puniendi*” por parte del Estado.

En el caso de las deudas del alimentante, la confirmación de que sin lugar a dudas constituyen una relación jurídica obligacional hábil para dar lugar al delito, la encontramos en el artículo 5° del DFL N° 1, de 2000, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, conforme el cual:

“Los actos celebrados por el alimentante con terceros de mala fe, con la finalidad de reducir su patrimonio en perjuicio del alimentario, así como los *actos simulados o aparentes ejecutados con el propósito de perjudicar al alimentario*, podrán revocarse conforme al artículo 2.468 del Código Civil. Para estos efectos, se entenderá que el tercero está de mala fe cuando conozca o deba conocer la intención fraudulenta del alimentante. *Todo lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda*”.

Como puede verse, se establece la responsabilidad penal del alimentante que celebra actos simulados o aparentes ejecutados con el propósito de perjudicar al alimentario, propósito que, siguiendo las hipótesis previas contempladas en la misma disposición, importan la finalidad de

reducir el patrimonio. Se busca con lo anterior presentar un patrimonio empobrecido a fin de reducir el importe de la obligación alimentaria dispuesta por la ley, a través –entre otras vías- de la celebración de contratos simulados.

Ahora bien, resultando la obligación alimentaria tan propia como cualquier otra para constituir la relación jurídica obligacional que precede a la celebración del contrato simulado, la disposición recién transcrita pudiese considerarse innecesaria o hasta conducente a crear confusión respecto de las demás obligaciones impuestas por ley. Mas ello importaría comprender de mala forma la norma señalada, cuyo objeto y/o utilidad es en realidad evitar la impunidad que las excusas legales absolutorias normalmente supondrían para este tipo de maniobras defraudatorias, habida consideración de que la obligación de dar alimentos se funda en relaciones familiares corrientemente abarcadas en las excusas que el artículo 489 contempla, entre otros, para los delitos de defraudación, dentro de los cuales se contemplan aquellos del artículo 466. Como sea, esta norma reafirma que en las obligaciones de origen legal los acreedores pueden ser perjudicados por los deudores a través de la celebración de contratos simulados, dando pie a la configuración del delito en estudio

Respecto de las obligaciones tributarias y de las derivadas de la seguridad social, no se ve impedimento para que también den lugar al delito, ya que tanto el Fisco como las instituciones previsionales tienen indiscutiblemente la calidad de acreedores respecto de los tributos devengados y de los aportes o cotizaciones retenidas o generadas. Puede sostenerse, a mayor abundamiento, que la doctrina española sostuvo invariablemente esta misma tesis a propósito del delito de alzamiento, la que no vino sino a confirmarse con el apartado 2° del artículo 257 del Código de 1995, conforme el cual: “Lo dispuesto en el presente artículo 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 privada”.

Se puso fin de esta forma al debate abierto propuesto entre otros por MUÑOZ CONDE, siempre para el delito de alzamiento, quien le daba alcance solo respecto del cumplimiento de obligaciones dependientes exclusivamente de la voluntad del deudor. Las razones de esta limitación, si bien no explicitadas por el autor, parecían derivarse de la circunstancia de que las obligaciones de naturaleza jurídica pública “pueden dar origen a la comisión de otros tipos delictivos”¹⁰⁹.

No es así en nuestro caso, en que la inexistencia de una tipificación expresa de delitos de alzamiento u otorgamiento de contrato simulado para ámbitos obligaciones públicos como el tributario, aduanero, de seguridad social, etc., volverían injustificadamente impunes las conductas dirigidas a perjudicar al Estado-acreedor cuando el deudor se insolventa simuladamente para impedir el cobro. La adquisición voluntaria o forzada de la obligación, por presentarse en forma previa a la conducta de simulación perjudicial, resulta irrelevante para dar cuenta de sus alcances, y no parece hacer diferencia respecto de lo injusto de la conducta ni dar cuenta de alguna inconsistencia dogmática que justifique establecer limitaciones.

La obligación base del delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores tiene que ser necesariamente de carácter patrimonial y susceptible de ser realizada a través de procedimientos ejecutivos, exigencia esta última que deja fuera a las obligaciones naturales.

b) El estado en que ha de hallarse la obligación previa

¹⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., p. 94

La interrogante a este respecto es si la obligación previa debe estar vencida y ser exigible con anterioridad a la celebración del contrato simulado para dar lugar a la comisión del delito.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que la ley exige en el artículo 466 la presencia de un deudor y un acreedor, calidades que se ostentan desde el momento mismo en que se contrae la obligación, independientemente del momento en que se haga exigible. Ése es por lo demás el concepto que utilizan los artículos 1494 y siguientes del Código Civil para referirse a las partes contratantes incluso de una obligación contraída a plazo.

Luego, exigir el vencimiento de la deuda para dar lugar al delito importaría la creación de un requisito que el tipo no contempla. Más aun, una interpretación distinta dejaría en evidente desprotección al acreedor, quien debería asistir pasiva y resignadamente al vaciamiento patrimonial simulado que anticipadamente y ante sus ojos desarrolle su deudor con el explícito propósito de defraudarle. Recuérdese asimismo que la figura del artículo 466 es un delito de intención trascendente, que se consuma con la sola celebración del contrato simulado con el propósito de perjudicar a los acreedores. Esperar el vencimiento de la obligación sería tanto como supeditar la consumación a la producción del resultado, lo que no se aviene con la estructura del delito.

Distinta es la situación de la obligación condicional cuyo nacimiento y exigibilidad no son certeros como el plazo, ya que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no. Descartado el dolo eventual como forma de comisión del delito, según explicará más adelante, esta incertidumbre acerca del origen de la obligación resulta incompatible con el conocimiento actual de los elementos del tipo que se exigen en el dolo, sobre todo en el directo. En cambio, contraída una

obligación a plazo será ya presupuesto suficiente para la comisión del delito, sin esperar que se produzca su vencimiento¹¹⁰.

Una situación especial se produce con las obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual, la que si bien arranca directamente de la producción del daño, necesita de un pronunciamiento jurisdiccional que la declare, tanto respecto de su existencia misma como del importe de los perjuicios que han de ser indemnizados. Puede darse entonces el supuesto no poco habitual de que quien se encuentra en la posición de responder eventualmente por los daños causados a otro, enajene simuladamente sus bienes hasta caer en insolvencia antes que se dicte la sentencia que le condena por tal concepto y antes por cierto de que se traben medidas precautorias sobre sus bienes.

Si bien en tales casos el propósito de perjudicar a los acreedores resulta evidente, no lo es tanto que concurra la calidad de deudor al tiempo de celebrarse el contrato simulado por no existir una sentencia que así lo disponga.

Se ha resuelto por nuestros tribunales en este punto que: “al 18 de mayo de 1998, no se había pronunciado sentencia en la referida causa -la que fue dictada con fecha 6 de agosto de 1998, confirmada el 16 de diciembre del mismo año- y en consecuencia, no existía pronunciamiento sobre la acción civil intentada por el querellante, el cual tenía una mera expectativa de que fuera acogida en definitiva y la frustrada diligencia de embargo sobre el vehículo, en modo alguno impedía que el querellante lo hiciera efectivo sobre otros bienes, no habiéndose acreditado el perjuicio que se derivó para él de la venta efectuada por los encausados”¹¹¹.

¹¹⁰ A una conclusión análoga se llega en el delito de alzamiento de bienes (MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., p. 101; VIVES, Tomás y GONZALEZ, José. op. cit., p. 46)

¹¹¹ Corte de Apelaciones San Miguel, 25 de septiembre de 2006, Rol N° 4705-2002

Y en el mismo sentido: “La sola circunstancia de que hasta ahora no se haya podido obtener el pago de la suma ordenada pagar, no es suficiente para tener por configurado el perjuicio, ya que lo que la hipótesis penal exige, es un perjuicio existente al momento en que se produzca la acción supuestamente dolosa y, de acuerdo a los hechos consignados en las letras a) y b) del fundamento primero de este fallo, ello ocurrió el 16 de diciembre de 1997, cuando se celebraron los contratos impugnados. Y, a esa fecha, no existía crédito alguno a favor de la querellante, pues la indemnización de perjuicios se estableció, con posterioridad, por sentencia de primera instancia de 25 de septiembre de 1998, que quedó ejecutoriada en el mes de febrero de 1999, según consta de la certificación de fojas 117”.

“Sólo en virtud de tal sentencia nació un crédito para la querellante, de modo que a la fecha en que se celebraron los contratos impugnados, no pudo producirse perjuicio alguno ya que no había obligación que cumplir por parte de los acusados; de suerte tal, que por muy reprobable que aparezca la conducta de los contratantes desde que se celebraron los contratos al mes siguiente en que fueron sometidos a proceso, no se ha podido configurar el delito por el cual se les acusó, pues faltaba un elemento esencial del tipo penal, como lo es la existencia del perjuicio patrimonial”.

“Para que exista perjuicio, la víctima debía tener un derecho de carácter patrimonial, que sólo se concretó cuando quedó ejecutoriada la sentencia que fijó la indemnización de perjuicios, lo que ocurrió cuando las propiedades habían salido del patrimonio del acusado”¹¹².

Discrepamos de la línea seguida en esta jurisprudencia, ya que yerra al encuadrar la calidad de deudor en una constatación puramente formal de la calidad de deudor, omitiendo considerar el evidente propósito defraudatorio que anima a los simuladores, dejando en notoria indefensión al acreedor. Deja librada asimismo la suerte del delito a las maniobras

¹¹² Corte de Apelaciones de Rancagua, 13 de abril de 2005, Rol N° 221.356, N° Legal Publishing: 32265

dilatorias más o menos eficaces que puedan desplegar los autores y al curso muchas veces cansino que muestran nuestros procedimientos civiles.

Más allá de eso, se pierde de vista el carácter meramente “declarativo” que tiene la sentencia en materia de responsabilidad extracontractual, la que se limita a reconocer un derecho pre-existente derivado directamente de la producción del hecho dañoso. De este modo, puede sostenerse que quien ha incurrido en un hecho generador de responsabilidad extracontractual, incluidos por cierto los delitos y cuasidelitos penales, ostenta *per se* la calidad de deudor para los efectos de la disposición del artículo 466 inc. 2°. La mayor o menor certeza que pueda tener al respecto el sujeto activo sobre la existencia de la deuda ha de ser resuelta en sede de dolo, hurgando en la posible concurrencia de un error de tipo respecto precisamente de la calidad de deudor como elemento del tipo objetivo. Con todo, es menester hacer presente que una alegación de esa naturaleza resulta difícilmente compatible con el otorgamiento de contratos simulados. Dicho de otra manera, el otorgamiento del contrato simulado probablemente explique por sí mismo el conocimiento de la calidad de deudor proveniente de la responsabilidad por daños por parte del autor y el fin defraudatorio de la maniobra, sin perjuicio por cierto de una mejor explicación que aquél pueda entregar.

4.- EL OBJETO MATERIAL

El objeto material de la conducta u objeto de la acción es la cosa o persona sobre la que recae la acción delictiva.

La acción típica en este delito, consistente en “otorgar”, ha de recaer en contratos (simulados) y estos a su vez han de involucrar bienes pertenecientes al deudor.

a) El Contrato

Conforme lo dispuesto en el artículo 1438 del Código Civil “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Existe coincidencia en señalar que la equiparación efectuada por el legislador entre contrato y convención es errónea, ya que ambos conceptos se sitúan entre sí en relación de género a especie, en que la convención es el género que abarca todo acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar, extinguir o transferir derechos u obligaciones, y el contrato la especie de acuerdos de voluntades exclusivamente destinados a la creación de derechos personales y de las correlativas obligaciones¹¹³.

El concepto estricto de contrato como creador de obligaciones parece no presentar mayores dificultades para efectos del delito, sobre todo cuando engloba la mayor cantidad de supuestos fácticos con que se presenta la simulación: compraventas, donaciones, sociedades, etc.

Sin embargo, se simulan también otros actos jurídicos que no importan creación de obligaciones, sino que modificaciones o extinción de estas para perjudicar a los acreedores. Es el caso de pagos simulados, aporte de bienes a sociedades, liquidaciones de sociedades y comunidades con las consiguientes adjudicaciones defraudatorias, novaciones, etc., todas conducentes a vaciar aparentemente el patrimonio y sustraer los bienes respectivos a la atención de las obligaciones. No se trata en este caso precisamente de contratos, sino del concepto más extenso de convención al que antes hicimos referencia.

¹¹³ LOPEZ SANTA MARIA, Jorge. Los Contratos Parte General. Ed. Jurídica de Chile. p. 4

La comprensión amplia del objeto material del delito “contrato” hasta incluir convenciones que no crean obligaciones, sino que las sustituyen o extinguen, es posible considerando que si bien el concepto de “contrato” se encuentra definido en el Código Civil, no lo está en la legislación penal, por lo que para estos efectos puede tomársele en su sentido “natural y obvio” que abarca todo acto jurídico voluntario que recaiga sobre todo o parte del patrimonio del deudor, reduciéndolo o gravándolo para perjudicar a los acreedores¹¹⁴. Apoya esta opinión el propio Código Civil, que en sus artículos 1437 y 1438 equipara los conceptos de “contrato” y “convención”, definición que puede hacerse extensiva a la legislación penal.

Por lo demás, una reducción del concepto de contrato a la pura celebración de aquella convención que crea obligaciones daría una protección inesperadamente amplia al bien jurídico penal inherente al delito, toda vez que ya hemos mencionado que su punición se justifica cuando el contrato simulado ha producido la insolvencia del deudor como resultado jurídico, es decir, cuando el contrato ha disminuido los haberes del patrimonio hasta volver insuficiente su importe frente a aquel de las obligaciones existentes. Es sabido que el contrato solo genera obligaciones para sus otorgantes de dar, hacer o no hacer alguna cosa, pero por sí solo no provoca la salida de bienes del patrimonio sino que solo lo carga con estas obligaciones adicionales. Por su parte, el derecho de crédito de los acreedores busca realizarse en los bienes que forman parte de dicho patrimonio, los que en rigor no salen de él con ocasión del contrato sino que con el correspondiente y correlativo modo de adquirir el dominio por parte del co-contratante, normalmente la tradición. Mientras el bien se encuentre aún dentro del patrimonio del deudor, los acreedores podrán intentar pagarse con él de sus acreencias, para lo cual no será obstáculo ni fundamento de una eventual tercería de pago o dominio por parte de la contraparte en el contrato simulado, la existencia de las obligaciones derivadas de este. Solo perderán

¹¹⁴ En el mismo sentido PUGA, Juan. op. cit., p. 230; y VALENZUELA, Mario, op. cit., p. 30.

el derecho de perseguirlo cuando se haya efectuado la tradición de la cosa, momento en que estrictamente se manifestará la insolvencia derivada de la simulación.

Se ha resuelto, no obstante, por nuestros tribunales que extender el concepto de “contrato” al de “convención” para efectos de tipicidad objetiva en el delito transgrede la prohibición de analogía que rige en materia penal¹¹⁵, decisión de la que discrepamos ya que entender comprendido el concepto de convención dentro de aquel de contrato en estos delitos no es aplicar analogía, sino que asignar adecuadamente a las palabras de la ley su significado “cuando el legislador las haya definido expresamente”, como reza el artículo 20 del Código Civil, remitiéndonos al efecto al artículo 1438 del mismo cuerpo legal.

Finalmente, el contrato puede ser real, consensual o solemne, sin importar las formalidades a que esté sujeto¹¹⁶, con tal que permita la disminución del patrimonio del deudor.

b) Bienes pertenecientes al deudor

Los contratos simulados han de comprometer bienes propios del deudor, ya que sobre estos es que asiste el derecho de realización que corresponde al acreedor. Pueden ser bienes de cualquiera naturaleza: muebles, inmuebles, derechos, etc. La única restricción es que deben ser embargables, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, ya que solo sobre ellos los acreedores podrían

¹¹⁵ Corte de Apelaciones de Rancagua, 7 de septiembre de 2004, Rol N° 93-2004, N° Legal Publishing 30996: “resulta que el pago no es un contrato, sino una convención que extingue obligaciones, cuestión distinta y que no cabe en el tipo penal primero citado, dada la prohibición de analogía que rige en materia criminal” (considerando 4)

¹¹⁶ CAMARGO, César. Hurto Impropio y Otorgamiento de Contrato Simulado. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (XVII): 229-241, 1964

eventualmente hacer efectivas sus acreencias. Por estas mismas razones no dan lugar al delito las meras expectativas de negocios o ganancias futuras.

La circunstancia de recaer el delito sobre bienes propios le distingue desde ya de aquél de apropiación indebida. En este, la apropiación o distracción de bienes opera solo respecto de bienes ajenos, recibidos por el deudor con cargo a un título que genera la obligación de entregarlos o restituirlos. De este modo quien celebra contratos simulados respecto de cosas corporales muebles recibidas en depósito, comisión, administración u otro título de aquellos del artículo 470 N° 1, y a partir de ellos se los apropia o distrae comete el delito de apropiación indebida. Por la utilización del contrato simulado no se desplaza la figura al delito del artículo 466, ni aun cuando por esa vía se perjudique al acreedor.

5.- CONDUCTA TÍPICA

a) Otorgamiento

El “otorgar” a que se hace referencia en el artículo 466 como conducta típica implica generar, dar origen a un contrato del cual se derivarán las obligaciones comprometidas en él. Dar origen a un contrato implica concurrir personalmente con una voluntad válida a su celebración, cualquiera sea su naturaleza.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1438 del Código Civil, “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” y, conforme lo dispuesto en el artículo 1437 del mismo cuerpo legal, las obligaciones nacen “del concurso real de las voluntades de dos o más personas”.

Luego, las partes otorgan un contrato o convención cuando concurren con su voluntad al acuerdo de dar origen, modificar o extinguir las obligaciones propias de un contrato o convención nominados, o de unos estructurados en base a su acuerdo.

Se sostiene por una posición minoritaria que el contrato simulado en la hipótesis del artículo 466 requeriría escrituración. El profesor GARRIDO arguye en ese sentido que: “El contrato objeto del tipo penal requiere escrituración porque el legislador castiga su otorgamiento, que es algo diferente a su mera celebración, y a esa primera expresión –otorgar- en el ámbito jurídico hace referencia normalmente a la intervención de una solemnidad, en la especie a su escrituración”¹¹⁷.

Discrepamos de esta opinión. En primer lugar, desconocemos el origen de la asimilación que efectúa el autor entre otorgamiento y escrituración, más allá del aparente tenor literal que parece desprenderse de ambas palabras. Que ello resulte “normalmente” en el ámbito jurídico tampoco debe ser motivo para restringir el alcance del tipo, salvo que poderosas razones político-criminales fueren dicha interpretación.

En el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de ESCRICHE se define “otorgamiento” como el “permiso, consentimiento, voluntad, licencia ó parecer”, tanto como el “acto de otorgar ó hacer un instrumento, como poder, testamento, etc.”¹¹⁸.

En el propio Código Penal encontramos a título ejemplar que el artículo 438 dispone como hipótesis alternativas de resultado en el delito de robo con violencia o intimidación el “suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado”. En el Código Civil, si bien es cierto que mayoritariamente el verbo “otorgar” es utilizado para hacer referencia a la

¹¹⁷ GARRIDO, Mario. op. cit., p. 296

¹¹⁸ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Tomo Cuarto. Nueva Edición. Madrid, Imprenta Eduardo Cuesta, 1896. p. 400

extensión de documentos escritos (artículos 17, 142, 225, 495, 767, 1014, 1400, 1699, etc.), existen no pocos casos en que se usa el verbo sin restricción alguna en su materialidad (artículos 16, 965, 1003¹¹⁹, 1036, 1037 y 2340).

No existen tampoco en la historia fidedigna del establecimiento de las normas penales en análisis antecedentes que justifiquen la limitación señalada. Tampoco existen delitos contra el patrimonio en que se castiguen fraudes únicamente cometidos a través de la extensión de documentos, salvo aquellos que regulan específicamente las falsedades documentales, incluso cuando por dicha vía se lesiona el patrimonio, como en el uso y falsificación de instrumentos privados.

No se divisan en fin razones por las cuales el legislador podría querer castigar los perjuicios causados mediando únicamente el otorgamiento de contratos simulados escritos, dejando impunes aquellos que no constan de dicha forma. Más aun, de la lectura del artículo 1437 del Código Civil se colige que la regla general es que los contratos sean meramente consensuales, esto es, que nazcan del concurso real de las partes, mientras que las solemnidades deben estar ordenadas por la ley o acordadas por los contratantes.

Si se considera el preponderante peso que hoy en día adquieren los bienes muebles en la formación de la riqueza, cuya negociación normalmente se efectúa a través de contratos meramente consensuales -sin perjuicio de formalidades de publicidad y prueba- resultaría extraño desde una perspectiva político-criminal que el legislador haya querido excluir la punición de los fraudes cometidos con contratos simulados no escritos. Considerando asimismo que el otorgamiento material del contrato simulado por los coautores del ilícito no considera la participación ni intervención de la víctima, la impunidad de contratos simulados no escritos operaría como un

¹¹⁹ En tanto existen testamentos verbales, conforme el artículo 1030 y siguientes del Código Civil

incentivo para operar sin escriturar, esto es, sin dejar rastros materiales del delito, evento en que los autores se verían incomprensiblemente beneficiados con la atipicidad de la conducta simulada perjudicial.

b) La Simulación

b.1) Concepto

El contrato es simulado cuando existe disconformidad entre la voluntad declarada y manifestada por los contratantes, y la interna, real de los declarantes. Etimológicamente la palabra *simular* deriva de la raíz sanscrita “sa”, de donde proviene la palabra latina *simulare* y gramaticalmente significa “*representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es*”¹²⁰.

Su reconocimiento brinda tributo a la primacía en el derecho común de la voluntad como elemento subjetivo y proceso de conciencia, por sobre la voluntad manifestada y expresada. Es por ello que existe consenso en la doctrina y jurisprudencia en cuanto a la legitimidad general de la simulación contractual en nuestro derecho, como reconocimiento amplio de la libertad contractual expresada en el artículo 1545 del Código Civil, fuente válida de responsabilidad contractual. Obedece adicionalmente a la idea de que no existe en términos amplios, para los particulares, la obligación de decir verdad.

De este modo, la simulación contractual solo se encuentra prohibida excepcionalmente, sobre todo cuando causa perjuicio a terceros, en que incluso conlleva sanción penal¹²¹.

¹²⁰ CAMARGO, César. op. cit., p. 238

¹²¹ DÍEZ, Raúl. op. cit., pp. 84; ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 390

En la legislación común, la teoría de la simulación contractual se levanta alrededor de la disposición del artículo 1707 del Código Civil, que al disponer que las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública no producirán efecto contra terceros, y las contraescrituras tampoco a menos que se hayan consignado al margen de la original, *a contrario sensu* atribuye pleno valor a las escrituras privadas y contraescrituras entre los propios contratantes, limitando su aplicación respecto de terceros. Y aun respecto de estos últimos, sólo en la medida que prefieran valerse de la voluntad real y no de la declarada por los otorgantes.

En general, las definiciones que pueden hallarse del contrato simulado en la literatura son bastante coincidentes entre sí. FERRARA define al negocio simulado como “el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece”¹²²; ETCHEBERRY entiende por tal “aquel que contiene una declaración de voluntad no real, hecha en forma consciente y de acuerdo entre los contratantes, para producir la apariencia de un acto jurídico que no existe o es distinto del que realmente se ha llevado a cabo”¹²³; y DEL RIO: “los que se celebran representando, fingiendo, aparentando o imitando una cosa que no es”¹²⁴. Un completo concepto de simulación se encuentra en el artículo 955 del Código Civil argentino: “la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”.

¹²² FERRARA, Francesco. La Simulación de los Negocios Jurídicos (Actos y Contratos). Trad. de la 5ª. Ed. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1926. p. 60

¹²³ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 390

¹²⁴ DEL RIO, J. Raimundo. op. cit, p. 472

FERRARA ha sintetizado los rasgos comunes que se encuentran en los contratos simulados¹²⁵:

1°. Una declaración deliberadamente disconforme con la intención. Se trata del requisito más característico del negocio simulado, en que lo interno, lo querido, y lo externo, lo declarado, están en oposición consciente. Las partes no quieren el negocio, quieren solamente hacerlo aparecer y, por eso, emiten una declaración disconforme con su voluntad. Se trata de una declaración efímera, vacía, ficticia, que no representa una voluntad real y es por lo mismo, nula, destinada únicamente a deslumbrar al público.

2°. Declaración concertada de acuerdo entre las partes. Esta disconformidad entre lo querido y lo declarado es común a ambas partes y concertada entre ellas, existe un acuerdo para emitir la declaración deliberadamente divergente. Las partes cooperan juntas en la creación del acto aparente, y sin el concurso de todos la simulación no es posible; no basta con el propósito de uno solo, pues en tal caso se tendría una mera reserva mental, no una simulación.

3°. El propósito de engañar a terceras personas. Esto es lo que da su razón de ser a la simulación, puesto que las partes recurren a ese artificio para hacer creer en la existencia de un acto no real o en la naturaleza distinta de un acto realizado seriamente. Por lo mismo no hay simulación respecto de aquellas declaraciones efectuadas por broma, ironía o con fines didácticos.

Dada la naturaleza de la simulación, solo es posible de ser concebida en modalidad comisiva, nunca omisiva¹²⁶.

La simulación es distinta de la mera reserva mental. Si bien en ambas se declara una cosa que no se quiere, con propósito de engañar, en

¹²⁵ FERRARA, Francesco. op. cit., p. 61

¹²⁶ RIVACOBÁ, Manuel. op. cit., p. 40

la reserva “se desenvuelve en el retiro secreto de la mente de uno de los contratantes, mientras que la simulación es la obra de más de uno, resulta del concierto de todas las partes (...) en la reserva mental el engañado es el otro contratante, aquel a quien se dirige la simulación”¹²⁷. BERESTESKY agrega que “en nuestra legislación no podríamos hablar de reserva mental por cuanto ella no contempla este aspecto como tal sino que es ella conocida por dolo, pues en una y otra concurren todos los elementos del dolo.”¹²⁸

De esta forma la reserva mental es la que se expresa en una de las modalidades comisivas de nuestra figura genérica de estafa, del artículo 468 del Código Penal, en cuanto el engaño consiste en ir “aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios”, negocios que existen solo en la mente del defraudador, pero que no son compartidos por el receptor del engaño perjudicial.

Es por ello que nuestra Corte Suprema ha dictaminado que otorgar un contrato simulado “no es lo mismo que simular un contrato: en la celebración de contrato simulado no se finge otorgar un contrato, sino que se lo otorga efectivamente, creando así la apariencia de un acto jurídico cuando en realidad no ha existido ninguno, o bien creando la apariencia de un acto jurídico determinado cuando en realidad las partes han entendido celebrar otro”¹²⁹.

También ha de distinguirse la simulación de la falsedad. Tratándose de las falsedades materiales, las diferencias son patentes ya que en estas lo que existe es la creación de una forma documentaria no verdadera o de la alteración del contenido escritural de un acto, interviniendo sobre el documento como forma de testimonio probatorio. Lo que se ataca es la apariencia externa de la manifestación de voluntad. En la simulación en

¹²⁷ FERRARA, Francesco. op. cit. p. 74

¹²⁸ BERESTESKY, Ángel, op. cit., p. 13

¹²⁹ Corte Suprema, 4 de enero de 2000 (Gaceta Jurídica N° 235, pp. 94); también ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., pp. 443

cambio, lo que se altera es la verdad subjetiva del consentimiento manifestado, la apariencia recae en el elemento espiritual del contrato, invisible, impalpable, imperceptible¹³⁰. De ahí que la simulación pueda constar en un documento materialmente verdadero y aun no constar en documento alguno, mientras que un documento falso puede dar cuenta de un acto no simulado, donde los otorgantes manifestaron una voluntad verdadera que luego será alterada por el autor de la falsedad.

Mayor similitud se presenta en cambio con la falsedad ideológica o material, en que las partes dejan constancia en el documento de ciertos actos o hechos como verdaderos cuando ellos en realidad son falsos o fingidos. Pero como la falsedad ideológica en nuestro derecho por regla general solo es punible respecto de las declaraciones que corresponde efectuar al funcionario autorizante de documentos o instrumentos públicos¹³¹, la diferencia con la simulación es evidente en la medida que esta última opera incluso prescindiendo del otorgamiento de documento alguno, pero especialmente porque en la falsedad ideológica la falta a la verdad es atribuible solo al atestado que corresponde al funcionario público que interviene autorizándolo, careciendo de relevancia la exactitud de las declaraciones efectuadas por los otorgantes.

También la simulación presenta similitudes con el fraude pauliano en cuanto su propósito va dirigido a causar perjuicio a terceros. Sin embargo, ambas figuras presentan diferencias esenciales con consecuencias al tiempo de enfrentar consecuencias penales. En el fraude pauliano los actos y contratos cuestionados son reales y efectivos, encaminados a producir el efecto tenido en cuenta entre los pactantes, coincidiendo plenamente de esta forma lo querido y lo manifestado, sólo que en ellos existe siempre el fraude, lo que los hace siempre ilícitos. En el contrato simulado, en cambio, existe

¹³⁰ FERRARA, Francesco. op. cit., p. 118

¹³¹ Excepcionalmente se castiga en el artículo 27 de la Ley sobre Registro Civil al “que en escritura pública suministrare maliciosamente datos falsos sobre un estado civil”

discrepancia entre lo manifestado y lo querido por los contratantes, dependiendo su ilicitud de la circunstancia, no necesariamente presente, de pretender perjudicar a terceros, ya que puede concebirse su utilización con fines lícitos.

b.2) Clases de simulación

Por su alcance, se distingue entre simulación absoluta y relativa.

La simulación es absoluta cuando la voluntad declarada no corresponde a voluntad real alguna, nada se disimula, no existe intención alguna de crear, modificar o extinguir una relación jurídica. El negocio se limita a una forma vacía destinada a engañar al público, es un fantasma¹³².

Como tal, su propósito es normalmente fraudulento y tiende a causar perjuicio a terceras personas. El fin que se pretende es disminuir ficticiamente el patrimonio o aumentar aparentemente los pasivos para afectar el derecho de prenda general que asiste a los acreedores. El delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores se comete precisamente a través de simulaciones absolutas en que se aparentan actos jurídicos que reducen o gravan el patrimonio, pero que en realidad solo pretenden aparentar la insolvencia del deudor para evadir el pago de sus obligaciones. Las formas son variadas: contratos de enajenación a título oneroso, a título gratuito, contratos en que no se transfiere el dominio sino que el valor de uso de los bienes, etc.

La simulación es relativa cuando se celebra una convención real, pero con las apariencias de otro acto. La idea es celebrar un acto real, con

¹³² FERRARA, Francesco. op. cit., p. 191

la expectativa de que produzca efectos, solo que su contenido no es aquel que se manifiesta. Por este motivo, la acción civil de simulación en este caso no va dirigida a negar los efectos del acto simulado, sino a que se atribuya valor y eficacia al acto verdaderamente querido por las partes, el que incluso puede ser válido. Si la simulación absoluta es un fantasma, la relativa es un disfraz.

La simulación relativa puede ocultar la naturaleza, el contenido o los sujetos de la convención aparente. Se simula la naturaleza de la convención por ej. cuando se dice vender pero nunca medió precio alguno por lo que en realidad se dona, situación de ocurrencia frecuente entre cónyuges para burlar los derechos de los acreedores o las prohibiciones de ventas existentes entre estos. Se simula el contenido cuando en realidad se pacta sobre objetos distintos, con fechas distintas o con cláusulas no coincidentes. Se simulan en fin los sujetos de la convención cuando se actúa por interposición de personas, esto es, cuando se hace figurar como parte en el vínculo aparente a persona diversa de aquella que en verdad es la parte de acuerdo con la voluntad real de los otorgantes.

b.3) Presunciones de simulación

Ferrara desarrolla un extenso inventario de situaciones que han de hacer presumir la existencia de una simulación¹³³. El paso del tiempo no ha hecho perder vigencia a este fecundo listado, por lo que sirve reproducirlo resumidamente en este trabajo.

¹³³ *Ibíd*em, p. 396

b.3.1) Indicios de simulación absoluta

1.- Utilización de familiares o personas de gran confianza. Para evitar que el testafierro abuse de su condición de titular aparente de los bienes que le han sido transferidos o entregados en tenencia, posesión o garantía, el autor de la simulación se vale de algún pariente próximo: hijo, hermano, cónyuge, de un amigo íntimo, o de alguna persona cuya voluntad pueda controlar.

2.- Imposibilidad económica en el adquirente para realizar el contrato y cumplir las obligaciones que de él nacen. El comprador, el cesionario, carecen de las condiciones patrimoniales que les permitan pagar el precio acordado, el que normalmente se da por enterado en el mismo acto de la contratación.

3.- Naturaleza y cuantía de los bienes enajenados. El deudor se desprende normalmente de sus bienes más valiosos, aquellos que debiese tener mayor interés en conservar, cuando no de todo su patrimonio.

4.- Falta de ejecución material del contrato simulado. El contrato ha producido un cambio en las relaciones jurídicas, pero la situación de hecho de los bienes sigue siendo la misma. El enajenante sigue ostentando la tenencia material de los bienes y obteniendo provecho de ellos.

4.- Manera de realizarse el contrato. A fin de impedir que se conozca la enajenación, los simuladores guardan la mayor cautela posible, obrando en secreto y clandestinamente, utilizando documentos privados u otorgándolos por escritura pública en un lugar alejado. Los contratos normalmente se otorgan atropelladamente, muchas veces con descuido y falta de prolijidad que obliga a corregirles una y otra vez. Se celebran al

mismo tiempo en que se hacen exigibles o intentan ejecutarse las obligaciones que pesan sobre el patrimonio del deudor.

b.3.2) Indicios de simulación relativa

1.- Vínculo de afecto entre los contratantes. Aquí normalmente lo que prima no es una relación de confianza entre los otorgantes, sino que lo que se busca es una ventaja para alguien cercano que goza de predilección por parte del enajenante. Se simula una donación encubierta como compraventa entre el padre y alguno de sus hijos, o con el conviviente, normalmente por una persona de edad avanzada o afectada en su salud.

2.- Contenido del contrato. Las ventas suelen hacerse a precios inverosímiles para que parezcan estar al alcance del adquirente, o bien el precio no se entrega sino que queda aplazado, o bien se señala que ha sido entregado con anterioridad, o el importe del precio es entregado secretamente en paralelo por el vendedor al comprador. También ocurre que el enajenante conserva el usufructo de los bienes o los recibe en arrendamiento a un precio vil.

3.- Inexistencia de causa para la enajenación a título oneroso. Dada la posición o calidad del enajenante, el contrato carece de utilidad para él.

4.- Imposibilidad económica por parte del comprador para adquirir a título oneroso.

5.- Estado del patrimonio del enajenante. Una vez celebrado el contrato simulado, no se encuentra en el patrimonio del enajenante el precio que habría recibido por este, ni su ausencia puede atribuirse a malos negocios o a su sustracción por terceras personas.

6.- LA INSOLVENCIA

Ya tuvimos ocasión de justificar la exigencia de insolvencia en el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores. Cabe ocuparnos ahora de qué se entiende por insolvencia.

La insolvencia es la situación de hecho en que se encuentra un patrimonio cuando el importe total de sus obligaciones exigibles excede al monto total de sus bienes susceptibles de ser realizados.

Con más precisión se la ha definido como “un hecho jurídico, una situación de hecho que se produce sin necesidad de sentencia judicial que la declare. Consiste en que el deudor no esté en situación de pagar todas sus deudas, esto es, que su pasivo supere a su activo”¹³⁴, “una situación de hecho, o más bien dicho, es un hecho jurídico independiente, que existe cuando el activo del patrimonio de un sujeto es inferior a su pasivo, o sea cuando tiene más deudas que créditos”¹³⁵. Se le ha identificado respecto de quien “se encuentra incapacitado para pagar sus deudas”¹³⁶, “aquel estado o situación, que incapacita al deudor para responder de su obligación frente al acreedor”¹³⁷, y cuando se encuentra “disminuido objetivamente el patrimonio del deudor de modo de dejarlo en un estado que no le permite afrontar el pago de sus deudas”¹³⁸.

La insolvencia no se encuentra definida en parte alguna por el legislador, pese a que no es un concepto desconocido en otras áreas del derecho, sobre todo en materia civil, donde figura como causal para decretar

¹³⁴ ABELIUK, René. De las Obligaciones Tomo 2. 4ª. Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 197

¹³⁵ CONCHA, Hernán. op. cit., p. 63

¹³⁶ Revista Derecho y Jurisprudencia T. XIV 1ª. Sec., p. 151

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., p. 123

¹³⁸ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia, 22 de agosto de 2007, N° Legal Publishing 41378

la separación de bienes (artículo 155, este y los siguientes del Código Civil), causal de exigibilidad anticipada del pago en las obligaciones a plazo (artículo 1496 N° 1), de disolución de las sociedades (artículos 2100 y 2106) y de terminación del mandato (artículo 2163), etc.

La insolvencia se distingue de la mera falta de liquidez, en que esta última, expresada en la imposibilidad de atender compromisos actuales, se produce aun en presencia de bienes suficientes en poder del deudor para atender la totalidad de sus deudas, solo que ellos no son de realización inmediata, pero el activo supera al pasivo. Desde esta perspectiva, la falta de liquidez derivada del otorgamiento de contratos simulados no es punible¹³⁹.

Se distingue en doctrina una insolvencia real y otra aparente. La primera es la que corresponde a una inexistencia efectiva de bienes suficientes en monto análogo o superior a las deudas. Esta insolvencia puede provenir de operaciones lícitas (endeudamiento excesivo, enajenación de bienes para pagar a unos acreedores pretiriendo a otros, disminución de ingresos, etc.) o ilícitas, como ocurre con las hipótesis delictivas del artículo 466 de constitución en insolvencia por dilapidación o enajenación maliciosa de sus bienes.

La insolvencia aparente en cambio es aquella que proviene del ocultamiento de los bienes. Este ocultamiento puede ser material, como ocurre paradigmáticamente con el delito de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores, y con su figura gemela, la constitución en insolvencia por

¹³⁹ Aunque en sentencia de la Corte de Concepción de 8 de octubre de 2010, N° Legal Publishing 45851, leemos: “la implicancia legal de la aludida “notoria insolvencia se traduce lisa y llanamente en eso, esto es, en la incapacidad objetiva del deudor de pagar una deuda. Don Fernando Fueyo Laneri escribió sobre el punto que la insolvencia notoria es un estado “que no exige declaratoria de quiebra, ni supone necesariamente mayores deudas que bienes, consistiendo en una mera incapacidad objetiva de pago”. El fallo se refiere a la exigibilidad anticipada del pago en una obligación a plazo. Abeliuk (op. cit., p. 197) cree que en ello hay una “confusión de conceptos; lo que ha definido estas sentencias es una incapacidad de pago transitoria, que efectivamente puede llevar al deudor hasta la quiebra”.

ocultación de sus bienes. El ocultamiento puede ser también meramente jurídico como ocurre con la simulación absoluta, en que los bienes permanecen en poder del deudor, pero lejos del alcance de los acreedores por haber sido simuladamente enajenados a terceros. En todos estos últimos casos se habla de insolvencia aparente pues en realidad el deudor cuenta con los bienes suficientes para atender sus deudas, solo que estos no están al alcance de sus acreedores para su realización, sea porque han sido ocultados o enajenados simuladamente.

Con todo, la distinción entre insolvencia real y aparente no conlleva consecuencias relevantes, ya que desde la perspectiva del acreedor ambas insolvencias son reales. Lo que importa en definitiva es la situación aparente y visible del patrimonio pues el acreedor tanto no podrá realizar aquellos bienes que han sido efectivamente enajenados, como tampoco aquellos que han sido ocultados o enajenados simuladamente.

Se habla también de una distinción entre insolvencia total y parcial. La primera, la total, afecta indistintamente a todos y cada uno de los acreedores. La segunda en cambio es aquella que perjudica específicamente a un acreedor a quien se debe responder con valores o bienes determinados, como cuando se debe una especie o cuerpo cierto. La celebración de un contrato simulado sobre valores o bienes determinados, o sobre la especie o cuerpo cierto debida, en la medida que hacen imposible la ejecución específicamente pactada, presenta semejanza con la situación de insolvencia punible, en cuanto no existen bienes para cubrir la acreencia.

No obstante, la semejanza es solo aparente o no lo es en la suficiente medida, ya que conforme lo dispuesto en el artículo 1672 inc. 1° del Código Civil, si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto: el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. De este modo, enajenada simuladamente la especie o cuerpo cierto, la acreencia muta en la

obligación de pagar su precio e indemnizar los perjuicios causados al acreedor. Si el deudor tuviese bienes con que atender a estos nuevos compromisos, no podría hablarse de insolvencia y el contrato simulado no sería punible por no haberse otorgado en perjuicio de sus acreedores.

7.- EL ELEMENTO SUBJETIVO

Ya que el bien jurídico protegido en el delito es el derecho de los acreedores a ver satisfechos sus créditos en el patrimonio del deudor, el delito se consuma desde que el otorgamiento del contrato simulado, al hacer salir bienes de ese patrimonio, genera el peligro de que dichos créditos no sean satisfechos al provocar la insolvencia del deudor.

Es por lo anterior que no se exige la producción específica del perjuicio como resultado, esto es, el impago del crédito para la consumación del delito, pero al mismo tiempo debe existir un plus de injusto, adicional al puro otorgamiento del contrato simulado, que justifique el castigo penal.

Lo anterior es necesario ya que el otorgamiento de contratos simulados en sí mismo no es ilícito. Como se ha encargado de recordarlo la doctrina civil, la simulación es una expresión válida de la autonomía de la voluntad, de modo que por sí sola no es impugnable. En general, los contratantes no tienen la obligación de ser sinceros en sus declaraciones de voluntad ni de decir completamente la verdad, salvo cuando dichas conductas provoquen un efecto adicional, normalmente un perjuicio patrimonial, que justifique su elevación a conducta penalmente reprochable. La simulación puede incluso obedecer a propósitos loables, como la modestia del filántropo que no desea que se conozca su identidad al efectuar una donación, o quien enajena un bien haciendo aparecer un precio vil para enfriar las ambiciones de sus futuros herederos.

Ese adicional de injusto en el otorgamiento del contrato simulado es el propósito deliberado de perjudicar a los acreedores y que se contiene expresamente en el texto legal como un elemento subjetivo del tipo en la expresión “en perjuicio de” sus acreedores. Se le puede definir indistintamente como el ánimo de defraudar a los acreedores, la intención específica de de perjudicar a los acreedores, o el ánimo tendencial de eludir el pago¹⁴⁰.

La expresión antedicha vuelve de esta forma al delito uno de intención trascendente, desde que se consuma con la realización de la conducta por parte del autor, animado con un propósito subjetivo: perjudicar a los acreedores. Dentro de esta categoría de delitos, la forma del elemento subjetivo hace al delito uno de “resultado cortado”, ya que basta el propósito al incurrir en la conducta, sin que se busque facilitar o provocar un resultado adicional.

Se desecha de esta forma que la expresión “en perjuicio” importe la exigencia de un resultado perjudicial material, que se produciría si se exigiera la efectiva falta de pago a los acreedores¹⁴¹. Más aun, el pago posterior de la obligación no constituiría más que “una circunstancia que puede morigerar el rigor de la penalidad”¹⁴².

Debe tenerse presente que a las conclusiones precedentes se llega por los rendimientos que entrega el bien jurídico que se reconoce en el delito y no por la mera forma en que gramaticalmente se expresa el requisito.

En efecto, es opinión extendida -aunque no escrita según hemos podido revisar- que la utilización de la preposición “en” importaría *per se* en los delitos que la contienen, la introducción de un elemento subjetivo en el tipo, como sería el caso de aquel que nos ocupa. No obstante, como

¹⁴⁰ VIVES, Tomás y GONZÁLEZ, José. op. cit., p. 66

¹⁴¹ En el mismo sentido para el artículo 179 inc. 1° del Código Penal argentino (CREUS, Carlos. op. cit., p. 548)

¹⁴² Corte Suprema, 9 de julio de 2003, Rol N° N° 657-02, *mutatis mutandi*

extensamente se ha ocupado de demostrarlo GÓMEZ LANZ¹⁴³, en los enunciados legales es posible identificar un grupo de sintagmas preposicionales encabezados por “en”, de estructura similar («en+sustantivo+de/con») y significado controvertido como “en cumplimiento de”, “en provecho de”, “en contravención con”, “en apoyo de”, “en estado de”, “en ejercicio de”, “en beneficio de”, “en defensa de” y nuestro “en perjuicio de”. En todos ellos debe valorarse el uso semántico de la expresión, pero además examinar minuciosamente los otros elementos presentes en el contexto concreto en el que cada una de las locuciones se emplea¹⁴⁴. A partir de ahí la expresión adquiere en algunos casos un valor dinámico de lugar (“en defensa de”, “en ejecución de”), la expresión de una situación de hecho o interpretación en clave situacional (“en estado de”, “en cumplimiento de”, “en ejercicio de”), interpretaciones en clave objetiva (“en beneficio de”, “en apoyo de”) e interpretaciones en clave volitiva (en algunos casos de “en perjuicio de”).

Singular es la situación para este autor precisamente de la expresión “en perjuicio de”, la que adquiere un carácter distinto, ya sea en clave objetiva o subjetiva, dependiendo del tipo donde se halle inserta, el contexto gramatical y las características del delito. Es así que se le asigna un valor netamente objetivo en delitos como la estafa (en la redacción del artículo 248 N° 1 del Código Penal español), la apropiación indebida y el otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro (similar al delito de nuestro 471 N° 2), y uno subjetivo de tinte volitivo en el delito de alzamiento de bienes (conclusión esta última perfectamente aplicable a nuestro delito del artículo 466).

¹⁴³ GOMEZ, Javier La interpretación de la expresión "en perjuicio de" en el Código Penal. Madrid, Dykinson, 2006. p. 485

¹⁴⁴ “El sentido de la preposición *en* se decidirá en cada pasaje en que el Código la usa conforme a la interpretación teleológica”, según JIMENEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal III, Buenos Aires 1965, p. 852

Finalmente, debe precisarse que este elemento subjetivo de actuar en perjuicio de los acreedores, es distinto del dolo que debe estar presente para dar cuenta de la tipicidad subjetiva del delito (o de la culpabilidad del autor según sea la teoría del delito que se adopte). El dolo está siempre constituido por el conocimiento de los elementos del tipo que se despliega (la calidad de deudor, la relación jurídica obligacional previa, la simulación del contrato, el carácter de propios de los bienes sobre los cuales el contrato recae, la insolvencia que se ocasiona) y la voluntad de realización del hecho típico. El elemento subjetivo, en cambio, va más allá, pues además de las exigencias propias del dolo, importa el ánimo tendencial no solo de realizar el tipo objetivo, sino de procurar con ello perjudicar a los acreedores.

B. TIPICIDAD SUBJETIVA

1.- Dolo

El dolo, como conocimiento y voluntad de realización del hecho típico según su acepción más extendida, comprende un elemento cognoscitivo y otro volitivo.

El elemento cognoscitivo se refiere al conocimiento o conciencia actual y correcta de realización de los elementos del tipo. En el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores ello debe alcanzar a los siguientes requisitos configuradores del delito:

- La calidad de deudor
- La relación jurídica obligacional previa que liga al deudor con sus acreedores
- El carácter simulado del contrato celebrado

- La calidad de propios de los bienes objeto del contrato simulado
- La calidad de realizables de dichos bienes para efectos del eventual pago de sus acreedores
- El estado de insolvencia que se puede ocasionar con el otorgamiento del contrato

El error sobre alguno de estos elementos será un error de tipo y excluirá el dolo, y aun cuando fuese un error vencible la conducta resultaría impune por carecer el delito del artículo 466 de un correlato punible culposo.

Los elementos enumerados se avienen con bastante precisión todos ellos a la categoría de “elementos normativos”, esto es, términos o palabras con que objetivamente se describe el delito cuyo sentido sólo es discernible por medio de valoraciones, en este caso jurídicas. Esta precisión es relevante pues, así las cosas, el nivel de profundidad del conocimiento que puede hacer al autor no es más que aquel que pueda esperarse en la esfera de un profano. No se requiere de esta forma un conocimiento acabado y preciso con todos sus alcances jurídicos económicos de cada uno de los elementos abordados. Así por ej. no puede pretenderse que el deudor haya tomado la decisión de celebrar el contrato simulado previo un cálculo actuarial de la situación de su patrimonio, sino que basta la comprensión general del mal estado de sus negocios y de la insuficiencia en que quedaría su patrimonio para solventar sus deudas una vez celebrado el contrato simulado.

Al mismo tiempo, no se requiere que la obligación previa haya sido determinada judicialmente o reconocida formalmente por el deudor, sino que basta el puro conocimiento de su existencia. Si bien ello puede resultar sencillo de demostrar tratándose de obligaciones contraídas voluntariamente por el deudor, sin lugar a dudas se vuelve más complejo en aquellas deudas

que se imponen por obligación legal o extracontractual al deudor. A estas últimas nos referiremos a continuación.

En el caso de las obligaciones de origen legal, como las provenientes del sistema impositivo, de seguridad social o alimentarias, basta a nuestro juicio que se demuestre el conocimiento por parte del deudor de la existencia del hecho que da origen a la determinación de la deuda: el parentesco que obliga a dar alimentos a otro, la relación laboral de la que se derivan las obligaciones previsionales y el hecho gravado que da origen a la determinación del impuesto.

En el caso de la responsabilidad extracontractual debe ser suficiente el conocimiento del hecho dañoso que le dio origen, sin que se requiera la existencia de una sentencia previa que determine su procedencia e importe, ya que una sentencia de ese tipo sería meramente declarativa de un derecho pre-existente, originado con antelación en la comisión del hecho que provoca daño, y no constitutiva de la obligación.

El desconocimiento o cuestionamiento por parte del deudor de las obligaciones, principalmente en sede judicial, no ha de obstar a nuestro juicio a la demostración del conocimiento exigido por el dolo. A lo más ello daría pie para discutir acerca de la efectividad del desconocimiento de la ocurrencia del elemento del tipo que quiera invocar el agente, pero ése es un problema probatorio acerca del grado de convicción que debe asistir a los jueces sobre tal extremo, sin que pueda *per se* erigirse como un argumento que derribe la existencia del conocimiento en el dolo.

Cabe tener presente que elementos como el conocimiento exigido en el dolo, por su carácter netamente intelectual y más allá de la normativización que sea posible construir en él, será apuntalado fundamentalmente en base a presunciones. Se puede dar la paradoja entonces de que la propia existencia del contrato simulado -en cuanto evidencia el ánimo de sustraer los bienes a la acción de los acreedores- sea ya un indicio fuerte en cuanto a

la convicción de que el deudor sabe que carga con una determinada obligación, aunque discutida y no declarada.

En segundo lugar y, pese a que la sola demostración del conocimiento de los elementos del tipo pueda darle por supuesto¹⁴⁵, se requiere la concurrencia del elemento volitivo, esto es, querer la realización del hecho típico por parte del autor, asumiéndolo como consecuencia de su comportamiento. Este elemento volitivo del dolo es distinto del elemento subjetivo exigido por el tipo en cuanto al ánimo de perjudicar a los acreedores cayendo en insolvencia, al cual nos referimos antes en este trabajo.

En cuanto a las modalidades de dolo con que puede cometerse el delito, la celebración del contrato simulado punible no parece sino compatible con el dolo directo, en cuanto la realización del hecho típico es precisamente el objetivo que el hechor quiere lograr. La simulación importa la disonancia deliberada entre la voluntad real y la manifestada, de la cual incluso debe participarse e involucrar a un tercero. No tendría sentido como tal si fuese solo un aceptar o conformarse con una posibilidad de que la voluntad no sea real, como ocurre con el dolo eventual según la más aceptada teoría del consentimiento, de modo que solo cabe aquí el dolo directo.

Ahora bien, como el contrato simulado se celebra para perjudicar a los acreedores creando un estado de insolvencia, el análisis del elemento subjetivo presente en su tipificación tiñe también a este último componente, en términos que la insolvencia en que consiste el perjuicio a los acreedores, debe ser buscada deliberadamente por el autor, no bastando que se la acepte como una mera posibilidad o que el autor se conforme con ella. El carácter simulado del contrato solo se justifica si se quiere perjudicar derechamente a los acreedores, y para perjudicar a los acreedores es que se

¹⁴⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones Sobre La Prueba Del Dolo. Revista de Estudios de la Justicia (4): 13-26, 2004

celebra el contrato simulado; no hay eventualidad alguna de que ello ocurra sino certeza en el autor. En ambos extremos el dolo debe ser directo, única modalidad comisiva del delito a nuestro juicio.

La exigencia de dolo directo para este delito es sostenida por GARRIDO ya que a su juicio “ese dolo se integra con el conocimiento del deudor de que celebra un contrato simulado y de su voluntad de hacerlo”¹⁴⁶. También es argüida por RIVACOBÁ¹⁴⁷ en términos que “la presencia de un elemento subjetivo de lo injusto en el delito, así como la actividad misma de simular, de engañar, de imbuir en otro una representación falaz, hacen inviables en él el eventual y la culpa”¹⁴⁸. Una conclusión similar es defendida por CREUS para el artículo 179 inc. 1° del Código Penal argentino¹⁴⁹.

Finalmente, cabe mencionar que el dolo exige la concurrencia del conocimiento de la voluntad y el conocimiento de los hechos del tipo al momento de la comisión de la conducta. No resulta penalmente relevante de esta forma el dolo *antecedens*, esto es, aquel que se presenta antes de la comisión del hecho ilícito. Sería el caso de quien toma como precaución operar en sus negocios a través de testaferros a quienes ha transferido simuladamente sus bienes aun antes de contraer deudas o aun antes de exponerse a caer en insolvencia, por mucho que su propósito sea evitar que sus posibles o futuros acreedores se hagan de tales bienes en el futuro. Claro que si este deudor se presenta ante terceros ostentando estos bienes como propios y luego los sustrae de una posible ejecución alegando su pertenencia a otras personas a quienes los había transferido simuladamente, incurriría en un delito de estafa, bajo la modalidad precisamente de “aparentar bienes”.

¹⁴⁶ GARRIDO, Mario. op. cit., p. 297

¹⁴⁷ RIVACOBÁ, Manuel. op. cit., p. 71

¹⁴⁸ *Ibídem*, p. 71

¹⁴⁹ CREUS, Carlos. op. cit., pp. 541 y 549

Tampoco se acepta la punición del dolo *subsequens*, esto es, del dolo que se presenta después de haber incurrido en la conducta típica. De este modo, si el contrato fue celebrado válida y realmente entre los co-contratantes, con ánimo efectivamente de obligarse, luego de lo cual deciden darle un carácter distinto, no habría delito, como si el comprador después de encontrarse en posesión del inmueble comienza a pagar un canon de arriendo al vendedor reconociéndole dominio, o del comprador que luego de haber comprado un bien y pagar su precio a un pariente, decide apoyarle económicamente devolviéndole el importe del precio.

2.- Imprudencia

Se deriva de lo anteriormente expuesto y del propio texto legal, que no resulta posible concebir la comisión meramente culposa y negligente del delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores. No obstante puedan existir insolvencias derivadas del manejo descuidado del patrimonio propio como se demuestra en algunas hipótesis de quiebra culpable¹⁵⁰, la simulación importa una dirección de la voluntad dirigida a esconder la verdad de lo que se quiere manifestar, absolutamente incompatible con la falta de propósito de comisión del hecho punible que se presenta en los delitos culposos.

La exclusión de la modalidad culposa del delito en nuestro es sostenida explícitamente por ETCHEBERRY¹⁵¹, RIVACOBAS¹⁵² y GARRIDO¹⁵³.

¹⁵⁰ PUGA, Juan. op. cit., p. 114

¹⁵¹ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 390

¹⁵² RIVACOBAS. Manuel. loc. cit.

¹⁵³ GARRIDO, Mario. loc. cit

D.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

No parecen darse particularidades especiales para la concurrencia de causales de justificación en este delito. Más aun, requiriéndose de un elemento subjetivo consistente en el ánimo de perjudicar a los acreedores cayendo en insolvencia, difícil resulta concebir que una conducta de esa naturaleza pueda encontrarse justificada.

Comparte esta imposibilidad RIVACOBÁ, para quien acto típico de simulación de contrato y causa de justificación son “conceptos contradictorios”¹⁵⁴.

La discusión relativa al favorecimiento de acreedores como posible ejercicio legítimo de un derecho, que se discute a propósito del delito de alzamiento de bienes, no resulta aplicable en este caso pues dicho favorecimiento supone que efectivamente unos acreedores sean pagados en perjuicio de otros que les precedan en el orden de prelación. En el otorgamiento de contrato simulado el pago, si lo hay, no es real, o bien oculta un contrato o convención distintos, por lo que no se da el supuesto de hecho en discusión. De este modo si un deudor no comerciante otorga un contrato simulado, como por ej. una transacción, que importa el pago realmente inexistente a algunos de sus acreedores, solo con el fin de perjudicar a los demás acreedores al quedar en situación de insolvencia, el delito se configura de todos modos, resultando autor el deudor y partícipe el acreedor co-contratante.

Tampoco resulta posible invocar un estado de necesidad justificante, pues si el deudor, teniendo necesidades apremiantes que atender, pone sus bienes a resguardo de sus acreedores por la vía de celebrar contratos

¹⁵⁴ RIVACOBÁ, Manuel. op. cit., p. 69

simulados, no está ejecutando “un hecho” como lo exige el texto legal, sino que lo está simulando. Y sin lugar a dudas siempre existirá “otro medio practicable” para impedir el mal que trata de evitar, cual sería la enajenación real de sus bienes para así obtener los recursos con que hacer frente a la situación que le aqueja. Una opinión similar sostiene RIVACOPA para quien no podría configurarse el estado de necesidad “por ausencia, en la simulación, que siempre requiere un tracto algo prolongado, de la inmediatez precisa para conjurar un peligro actual o inminente y haber tiempo, por tanto, para procurarse otros medios que no lesionen ningún bien jurídico o, en todo caso menos gravosos”¹⁵⁵. El mismo autor desecha la concurrencia de una posible legítima defensa respecto de quien celebra un contrato simulado sobre un bien que ha de ser realizado en razón de una ejecución proveniente de una sentencia dictada con prevaricación, ya que en tal caso el acto no recaería sobre el agresor o sobre los medios de que se sirve¹⁵⁶.

E.- CULPABILIDAD

a) Imputabilidad

No parecen presentarse variantes relevantes relativas a la imputabilidad en el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores. Las consideraciones relativas a la capacidad civil del autor para celebrar el contrato simulado merecen ser discutidas eventualmente a nivel de tipicidad objetiva en lo relativo al sujeto activo, a fin de verificar si el contrato simulado celebrado por el incapaz absoluto o relativo satisface o no las exigencias del tipo. Resuelto aquello positivamente rigen íntegramente las normas de imputabilidad generales.

¹⁵⁵ *Ibíd*em, p. 71

¹⁵⁶ *Ibíd*em, p. 70

b) Causales de Exculpación

Dada las características que presenta la simulación del contrato, en que de propósito se exterioriza una declaración de voluntad distinta de la interna, y por el ánimo de perjudicar a los acreedores, resulta muy difícil, si no imposible, hallar en este delito causas de inculpabilidad o exculpación¹⁵⁷.

El error de prohibición se descarta habida consideración de la dinámica de la simulación del contrato, mientras que el ánimo de perjudicar a los acreedores no parece compatible en modo alguno con un miedo insuperable o fuerza irresistible, sobre todo si aquellos que han de ser perjudicados habrían de ser los acreedores del propio afectado por dichas circunstancias.

Respecto del estado de necesidad exculpante, hoy regulado en el art. 10 N° 11 del Código Penal, nos remitimos a lo mencionado antes sobre las causas de justificación.

F.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS

a) Penalidad

El delito se castiga con una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

Una pena única, no ligada a la cuantía de las acreencias existentes contra el deudor, es reafirmación de que se trata de un delito solo de peligro, ya que para efectos de determinación de la pena no resulta relevante el

¹⁵⁷ RIVACOBÁ, Manuel. op. cit., p. 74

perjuicio que eventualmente se cause si los créditos adeudados finalmente no se pagan como consecuencia de la simulación punible.

De otra parte, debe mencionarse que la pena de este delito es la misma que el resto de la disposición, el artículo 466, asigna a las otras hipótesis allí contempladas, esto es, el alzamiento en perjuicio de los acreedores y la constitución en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de los bienes propios. Tal decisión es demostración de que todas las figuras reunidas en la misma disposición comparten un elemento en común, cual es, la constitución o agravamiento de la insolvencia del deudor no comerciante para que se castiguen las distintas modalidades comisivas contempladas.

b) Íter Criminis

Solo cabe mencionar a este respecto que por tratarse de un delito de peligro, no resulta concebible el castigo del delito en etapa de tentativa¹⁵⁸.

c) Diferencias con figuras afines y concursos

c.1) Con el delito de estafa

Las diferencias entre el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores y la estafa son variadas, pudiendo citarse entre ellas las siguientes:

¹⁵⁸ GARRIDO, Mario. loc. cit

a) Como en el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores el perjuicio se pretende hacer recaer sobre los “acreedores” y no sobre “otro” como en la estafa, y estos acreedores lo son antes de la simulación, entonces estos no son engañados o inducidos a error, ni movidos a realizar acto dispositivo alguno¹⁵⁹.

b) La estafa es un delito de modalidades comisivas abiertas, mientras que el delito del inciso 2° del artículo 466 solo se comete a través del otorgamiento de contratos simulados.

c) La estafa requiere para su consumación la producción del perjuicio como resultado. El delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores es de peligro y se consuma con el otorgamiento del contrato con ánimo de perjudicar a los acreedores.

d) La estafa es un delito común; el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores es un delito especial propio en cuanto el autor debe ser un “deudor no dedicado al comercio”.

e) En la estafa el engaño típico se produce antes de la disposición patrimonial; en el delito del artículo 466 el contrato simulado se otorga después haberse efectuado la disposición patrimonial por parte del acreedor (si es que la hubo, ya que la relación jurídica obligacional previa pudo consistir en un contrato unilateral).

f) La estafa no requiere un ánimo especial para su configuración, no así el delito del inciso 2° del artículo 466 que exige como elemento subjetivo del tipo el ánimo de perjudicar a los acreedores.

Considerando entonces que se trata de dos figuras distintas, el único concurso aparente de leyes penales que podría presentarse sería el de la comisión inicial de un delito de estafa y una posterior celebración por parte

¹⁵⁹ RIVACOBÁ, Manuel. op. cit., p. 105

del autor de contratos simulados para evitar que el afectado por el delito se pague de la deuda contraída en sus bienes propios. El contrato simulado aparecería de esta forma como un mero agotamiento del tipo de estafa o como una especie de encubrimiento, bajo la modalidad de “favorecimiento real” al perseguir “ocultar los efectos del delito” que, como autoencubrimiento, habría de ser impune como acto posterior copenado¹⁶⁰.

No obstante, el razonamiento expuesto olvida que el resultado de insolvencia pone en peligro el derecho de crédito de la totalidad de los acreedores del deudor. De este modo, si bien el delito puede funcionar como acto posterior impune respecto del crédito contraído a favor de uno de los acreedores, la insolvencia afecta a la totalidad de estos si los hubiere, por lo que se darían todos los extremos del tipo. Solo el hecho sería atípico si el acreedor fuese únicamente aquel cuyo derecho nació fruto de la estafa, sin perjuicio de la responsabilidad del tercero contraparte del contrato simulado, quien respondería a título de encubridor de la estafa.

c.2) Con el delito de alzamiento de bienes

Tal como hemos sostenido al inicio, el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores se halla en relación de género a especie con el delito de alzamiento del inc. 1º del artículo 466. Lo anterior siempre que se entienda al alzamiento como cualquier forma de ocultación o desaparición provocada de bienes propios para insolventarse en perjuicio de los acreedores. Olvidada la acepción restringida que otrora exigía en el alzamiento la huida u ocultación del deudor, el alcance que se da hoy a la figura abarca toda ocultación material o jurídica de bienes propios para perjudicar a los acreedores. Precisamente una de las formas de hacer

¹⁶⁰ Así se sostiene para el delito de alzamiento de bienes por MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., p. 83; y VIVES, Tomás y GONZÁLEZ, José, op. cit., p. 89

desaparecer jurídicamente bienes del patrimonio es otorgando contratos simulados, por lo que en el fondo el delito del artículo 466 es una modalidad de comisión del delito de alzamiento.

Las penas de ambos ilícitos son similares por lo que la conclusión expuesta no presenta mayores dificultades, debiendo resolverse en definitiva el concurso aparente de leyes penales por el criterio de especialidad a favor del delito del inciso 2° del artículo 466.

c.3) Con la presunción de quiebra fraudulenta del artículo 220 N° 3 del Libro IV del Código de Comercio

Otorgados contratos simulados por quien cae en quiebra -sea que los contratos se hayan celebrado antes o después de dicha declaración- el delito ha de situarse necesariamente dentro de la presunción de quiebra fraudulenta del artículo 220 N° 3 del Libro IV del Código de Comercio, en la medida que el autor pese a no dedicarse al comercio sea deudor calificado conforme el artículo 41 del Libro recién citado. Excepcionalmente también puede calificarse de esa forma la conducta del deudor no dedicado al comercio y no calificado cuya quiebra ha sido declarada por fuga u ocultamiento (artículo 234 Libro IV Código de Comercio).

De esta forma, el deudor no comerciante que otorga contratos simulados y que es declarado en quiebra, será castigado como autor de quiebra fraudulenta siempre y cuando sea deudor calificado o, aun cuando no lo sea, si su quiebra se dictamina por la causal del artículo 43 N° 3 del Libro IV del Código de Comercio. Fuera de estos casos, el deudor no comerciante que otorga contratos simulados en perjuicio de sus acreedores incurre en el delito del artículo 466 inc. 2°, aunque sea declarado en quiebra.

Se ha fallado en tal sentido que si se otorgan los contratos simulados por el deudor en perjuicio de sus acreedores y se declara luego su quiebra, solo se castigará por la quiebra fraudulenta, ya que esta consume el delito del artículo 466, pues “los ilícitos de contratos simulados, ocurridos con anterioridad a la fecha del periodo sospechoso, son accesorios y acompañantes de delito de quiebra fraudulenta, constituyéndose en elementos necesarios e indispensables para la perpetración este último”¹⁶¹. Los fundamentos de este fallo, acertado como se viene arguyendo, son con todo confusos, ya que parecen aludir por una parte a un concurso aparente de leyes penales (consunción de actos accesorios y acompañantes) y por otra a un supuesto concurso ideal (elementos necesarios para la perpetración de otro delito). A igual solución se habría llegado afirmando, sin más, que el delito del artículo 220 N° 3 comprende tanto las enajenaciones supuestas celebradas antes como las producidas después de la declaración de quiebra.

c.4) Con el delito de depositario alzado

El delito de depositario alzado se encuentra únicamente reconocido en nuestro derecho en el inciso final del artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, de cuya redacción puede concluirse que consiste en la “substracción efectuada por el deudor de las especies que le han sido embargadas siempre que estas constituyan el simple menaje de su casa habitación”. Se sanciona con la pena del artículo 471 N° 1 del Código Penal, esto es, presidio o relegación menores en sus grados mínimos o multas de once a veinte unidades tributarias mensuales.

¹⁶¹ Corte de Apelaciones de Talca, 17 de noviembre de 2008, Rol N° 515-08 (considerando 6°). Este fallo plantea el concurso con el delito del artículo 471 N° 2, pero lo citamos acá pues creemos que lo propio era discutir hipótesis de insolvencia y no de perjuicio real y efectivo que se exige en el 471 N° 2

La principal diferencia con el delito del inciso 2° del artículo 466 se halla en la propia conducta típica, que en el delito de depositario alzado consiste en “substraer”, esto es, el resultado material consistente en sacar las especies embargadas del lugar donde fueron embargadas, dejándolas fuera del alcance del ejecutante, sea que se las enajene o no, en forma simulada o real. El delito del artículo 466 en cambio castiga el otorgamiento del contrato simulado en perjuicio, sin que sea necesaria aprehensión material alguna por parte de un tercero o el ocultamiento material de la especie comprometida, resultando habitual incluso que esta permanezca en poder del deudor.

Otras diferencias entre ambos delitos son patentes: en el depositario alzado el sujeto activo si bien es especial, puede ser cualquier deudor y no solo el no comerciante; el objeto material se restringe a las especies embargadas que constituyen el simple menaje de su casa habitación; no es necesario que se genere insolvencia; y no se requiere un ánimo especial de apropiación, bastando con la substracción, lo que tiene sentido ya que para ser embargados los bienes involucrados deben ser propios del deudor.

El concurso podría darse si junto con la substracción como acto material, se otorga un contrato simulado sobre las especies embargadas. Si esta última acción fue dirigida a causar la insolvencia del deudor ejecutado, perjudicando a sus acreedores, nos encontraríamos en presencia de un concurso ideal en que un mismo hecho sería constitutivo de ambos delitos, debiendo castigarse con la pena mayor asignada al delito más grave¹⁶².

¹⁶² Dada su similitud con el tema tratado, valga mencionar que MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. op. cit., p. 90, arriba a la misma conclusión entre la malversación impropia y el alzamiento de bienes si “el deudor enajena o dispone de cualquier modo, en perjuicio de sus acreedores, de sus bienes ya embargados y de los cuales es depositario”.

d) Excusa legal absolutoria de parientes

Conforme lo dispuesto en el artículo 489 del Código Penal ciertos parientes y los cónyuges están exentos de responsabilidad criminal, y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren.

La excusa legal absolutoria de parientes aquí contemplada se extiende a los delitos de defraudaciones, entre los cuales cabe considerar al delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores.

Es por ello que el artículo 5° del DFL N° 1, de 2000, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, estableció que los actos simulados o aparentes ejecutados con el propósito de perjudicar al alimentario podrán revocarse conforme al artículo 2.468 del Código Civil, *sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda*.

Esta norma, que en otra parte de este trabajo nos permitió apoyar la inclusión de las obligaciones de origen legal dentro de aquellas que hacían posible la comisión del delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de los acreedores, se justifica plenamente para evitar la aplicación de la excusa legal absolutoria. En efecto, todos los casos enumerados en el artículo 489 del Código Penal son a su vez reconocidos como posibles titulares del derecho a obtener alimentos conforme lo dispuesto en el artículo 321 del Código Civil, por lo que las defraudaciones cometidas para perjudicar a los alimentarios vía celebración de contratos simulados estarían exentas de castigo de no mediar la disposición legal a que nos referimos.

De cualquier forma, por disposición expresa del artículo 489 la excusa legal absolutoria de parientes no alcanza a los “extraños que participaren del delito”, de modo que aun cuando el deudor resulte exento de

pena por aplicación de esta normativa, sí podrá castigarse al co-otorgante del contrato simulado como partícipe en su comisión en virtud del artículo 15 N° 3 del Código Penal.

Tampoco se aplica la excusa absolutoria del artículo 489 cuando la víctima, esto es, el acreedor eventualmente perjudicado es una persona natural mayor de sesenta años.

CAPÍTULO TERCERO

EL DELITO DEL ARTÍCULO 471 N° 2

**Otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro como
modalidad comisiva de defraudación**

I. ORIGEN

El delito del artículo 471 N° 2 del Código Penal tiene inequívocamente su fuente en la disposición del artículo 456 N° 2 del Código Penal español de 1848. El texto de ambas disposiciones es idéntico. Las únicas diferencias se presentan en las penas asignadas ya que el código peninsular castigaba la figura con “multa del tanto al triplo del importe del perjuicio que se hubiere irrogado”, mientras que nuestro Código impuso desde el inicio tres penas alternativas: presidio menor en su grado mínimo, relegación menor en su grados mínimo o multa, en este último caso en el importe de “ciento a mil pesos”, esto es, sin referencia al monto a que pudo alcanzar el perjuicio.

En ambas legislaciones el delito, por razones insondables, se insertó en un mismo numeral junto al cometido por el “dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de este o de un tercero”. Pese a cohabitar el mismo artículo, las figuras carecen por completo de analogía. Las conductas son disímiles, lo mismo que el bien jurídico protegido -propiedad y patrimonio, respectivamente-, el sujeto activo –dueño de cosa mueble y cualquier persona-, el objeto material –cosa mueble y contrato-, solo por mencionar algunas. La única coincidencia es la exigencia de perjuicio. CAMARGO llama la atención sobre este punto citando a Groizard cuando este señala: “otro defecto perteneciente a la parte que podríamos llamar artística del Código, encontramos en el artículo actual. Nada hay que aconseje tratar en él dos incriminaciones entre las cuales tan pocas analogías existen”¹⁶³. Y si dicha afirmación ya era cierta para el Código Penal español de 1848, nuestros Comisionados remataron el desaguado agregando en el N° 3 del mismo artículo 471 original el castigo de la “defraudación en la propiedad literaria o

¹⁶³ CAMARGO, César. op. cit., p. 230

industrial”¹⁶⁴. Pareciera que todo lo que sobraba en materia de “otros engaños” hubiese sido puesto en un mismo lugar, sin más coincidencia de los 3 numerales entre sí que revestir aparentemente la misma –menor-gravedad.

En la sesión N° 100 de la Comisión Redactora, donde se habló de la disposición, ningún comentario se hizo sobre su establecimiento, por lo que en definitiva el texto aprobado es análogo al de su fuente original.

Los antecedentes del delito en España se encuentran en la época de la codificación, ya que con anterioridad el contrato simulado o no se sancionaba penalmente, o se confundía con las falsedades ideológicas. Aparece por primera vez en el Código de 1848 y de ahí es reproducido literalmente en los textos sucesivos¹⁶⁵.

Hacia atrás sus orígenes son difíciles de dilucidar. Al menos así puede concluirse al revisar las fuentes citadas por Joaquín Francisco Pacheco: la Ley 14, Vit. 2, de la Partida III¹⁶⁶ y el artículo 265 del Código de Brasil¹⁶⁷, cuyos textos -como puede observarse- en parte alguna hacen

¹⁶⁴ Este inciso 3° fue derogado por el Decreto Ley N° 345, de 1925

¹⁶⁵ CAMARGO, César. op. cit., p. 236

¹⁶⁶ *Partida s.—Ley 14, Vit. 2, pp. III.—Palabras engañosas dizen los omes unos á otros de manera, que los fazen obligar por carta ó por testigos, por mas de lo que deven. E aun despues que los han assí engañado, adúcenlos en juizio, por demandarles aquello, á que los fizieron obligar. E porque las cosas que son fechas con engaño, deven seer desatadas con derecho; por ende dezimos que si el demandado pudiere provar, é averiguar el engaño, que el demandador pierda por ello tambien la verdadera debda; como la que fué acaecida maliciosamente en la carta, ó en el pleyto, que fué fecho ante los testigos. E esto por dos razones. La una, por el engaño que fizo el demandador al demandado en el pleyto de la debda. La otra, por que seyendo sabidor que lo habia fecho maliciosamente, se atrevió á demandar en juyzio, cuidando aun engañar al juez por aquella carta, ó prueba que había contra su debdor. Pero si el demandador, ante que entrasse en juyzio se quisisse quitar del engaño que avia fecho, é se toviere por pagado de su debda verdadera, puedelo fazer, é non cae por ende en pena ninguna.*

¹⁶⁷ *Cód. Brasil.—Art. 265. Usar de algun artificio para hacer contraer á otro una obligacion en que no pensaba ó que no podia contraer.....—Penas. La prision con trabajo de dos meses á cuatro años, y una multa del cinco al veinticinco por ciento del importe de la obligacion, ó del valor de las cosas distraidas ó disipadas.*

referencia al otorgamiento del contrato simulado y más parecen referirse al concepto genérico de estafa¹⁶⁸.

II. NATURALEZA DEL DELITO DEL ARTÍCULO 471 N° 2

1.- La discusión en la doctrina

Variadas son las posiciones de los autores acerca de la naturaleza de este delito. Esta falta de coincidencia no siempre arranca de visiones distintas que puedan tener los autores respecto del delito, sino que a veces ello se ve mediatizado por los textos positivos que se utilizan en los respectivos ordenamientos.

En general, los autores se inclinan por afirmar en este delito una estafa impropia, una estafa propiamente tal o un fraude impropio.

1.1.- El delito como Estafa Impropia

En España para BUSTOS, el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro, tipificado en el artículo 251 N° 3 del Código Penal español, constituye una estafa impropia “porque en el otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado no tiene porqué haber ni error ni acto de disposición”. Por lo mismo concuerda con la jurisprudencia de ese país que “señala que se trata de una forma específica de estafa distinta de la estafa propia, en la que no es aplicable la dinámica típica de esta última de existencia de engaño causante de error que lleva al sujeto pasivo a realizar un acto de disposición, siendo característico de esta forma delictiva la realización de un contrato con una expresión de voluntad aparente distinta de

¹⁶⁸ RIVACOBÁ, Manuel. op. cit., p. 3

la real o de una voluntad contractual inexistente, realizada en forma colusiva entre los que aparecen como contratantes, en perjuicio de un tercero que, ajeno a tal convención fraudulenta, no sufre engaño ni realiza erróneamente influenciado, acto de disposición patrimonial alguno”¹⁶⁹.

Para VIVES el precepto que contiene el delito “se dirige a penalizar los supuestos de colusión entre los otorgantes del contrato para perjudicar a personas ajenas a tal operación, que ni tienen por qué resultar engañados ni realizan acto de disposición alguno”¹⁷⁰.

RODRÍGUEZ DEVESA también argumenta en esa misma línea pues incluye el delito dentro de las Estafas Impropias considerando que: “Tampoco este supuesto reúne las características esenciales de la estafa, porque el engaño no determina el perjuicio a través de un acto dispositivo”¹⁷¹.

1.2.- El delito como Estafa propiamente tal

MUÑOZ CONDE, en cambio, le estima una forma específica de estafa que obedece a su concepto general pero con un marco penal específico. Ello se comprende “si se considera que el otorgamiento de contrato simulado es una conducta engañosa que de algún modo va dirigida a alguien (“otro”), ajeno a los contratantes, que, fiado en la apariencia contractual, realice una disposición patrimonial que le perjudique”¹⁷².

BAJO es de la misma opinión: “Este supuesto constituye, a nuestro juicio, también una modalidad específica de estafa, lo que significa la necesidad del cumplimiento de todos los requisitos descritos en el art. 248.1. En efecto, en este supuesto concurre el engaño consistente en simular un

¹⁶⁹ BUSTOS, Juan. op. cit., p. 338

¹⁷⁰ Citado en COBOS, Miguel, LÓPEZ, Jacobo y RODRÍGUEZ, Luis. Manual de Derecho Penal Parte Especial Parte Especial II. 2ª. Edición. Madrid, Akal, 1994. p. 293

¹⁷¹ RODRÍGUEZ DEVESA, José. Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª. Edición. Madrid, 1975. p. 459

¹⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. op. cit., p. 374

contrato que produce un perjuicio en el patrimonio ajeno a consecuencia del acto de disposición que se realiza con motivo del error en que incurre el engañado”¹⁷³.

RIVACOBÁ, quien basa fundamentalmente su línea argumental en el Código Penal español, concluye que “en el delito de contrato simulado, muy lejos de precisarse el empleo o la aplicación de una actividad corporal o energía física, la misma idea de simulación remite al fraude, o sea, que se cuenta entre las defraudaciones”¹⁷⁴.

Finalmente, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado sobre la naturaleza de este delito en numerosas sentencias, las que coinciden en hacer referencia a la de 30 de enero de 1985, en la que el delito de estafa ejecutado a través del otorgamiento de un contrato simulado -tipificado entonces en el número 2 del artículo 532 del Código Penal- es “denominado por la doctrina como falsedad defraudatoria, estafa documental y también simulación de fraude”, agregándose tiempo después que para este “la doctrina exige la acción típica, que consiste en otorgar un contrato con simulación, que el mismo tenga un resultado patrimonial desfavorable para un tercero y el ánimo tendencial a lograr ese resultado, con beneficio económico para los sujetos activos” (STS 14-07-1989).

Advertimos que la doctrina emanada de los fallos recién citados ha de ser examinada con reservas en nuestro medio en aquella parte en que se identifica al delito como una forma de “estafa documental”, ya que sin lugar a dudas tal afirmación se encuentra apoyada en el texto del artículo 302 N° 9 del Código Penal español de 1973 -hoy 390.1.2°- que, vigente desde 1945, castiga como falsedad en documento público, oficial o mercantil, la conducta consistente en actuar: “2°) Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad”.

¹⁷³ BAJO, Miguel. Los Delitos de Estafa en el Código Penal. op. cit., p. 164

¹⁷⁴ RIVACOBÁ, Manuel. op. cit. p. 31

Esta última norma ha dado pie en ese país para discutir si por tal vía han de castigarse las simulaciones ideológicas en que incurren los otorgantes cuando efectúan declaraciones que no corresponden a su voluntad real. Al respecto y más allá de alguna jurisprudencia vacilante, se ha impuesto la idea de que falsedad y simulación de contrato son dos figuras penales completamente distintas, ya que “el documento puede ser simulado (inauténtico) y el negocio jurídico real: por ejemplo cuando el acreedor falsifica en una letra de cambio la firma del deudor, que no garantizó la deuda con dicha letra. A la inversa el documento es auténtico cuando el que lo suscribe es quien lo asume, aunque el negocio jurídico sea inexistente”¹⁷⁵.

Las diferencias a que se llega al considerar el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro como una especie de estafa o un tipo de fraude autónomo no son meramente semánticas pues de ellas depende el alcance que se quiera asignar al tipo y los requisitos que se exigirán para su configuración. Tienen razón en ese sentido COBOS *et al.* cuando afirman que “evidentemente, si entendemos que nos encontramos ante una verdadera modalidad específica de estafa que exige la presencia de todos los elementos de la estafa, hemos de concluir que es preciso el perjuicio patrimonial para la consumación. Pero si, por el contrario, aceptamos que es un supuesto de estafa impropia que no requiere todos los elementos de la estafa, es posible prescindir del perjuicio efectivo, siendo suficiente con que el contrato se realice “en perjuicio de otro”, eso es, con ánimo de causárselo”¹⁷⁶.

En Argentina, para el artículo 173 N° 6 del Código Penal¹⁷⁷, CREUS sostiene que es “evidentemente, una figura especial de fraude, ya que la

¹⁷⁵ BACIGALUPO, Enrique. Delito de Falsedad Documental. Reimpresión 1ª. Edición. Buenos Aires, Hammurabi, 2006. p. 58

¹⁷⁶ COBOS, Miguel, LÓPEZ, Jacobo y RODRÍGUEZ, Luis. op. cit., p. 294

¹⁷⁷ “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: 6. El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos”

autonomía como tipo penal particular se condensa en el hecho de que el contrato simulado o el falso recibo constituyen, en sí, ardidess perjudicantes o pueden emplearse como medios de maniobras engañosas que induzcan en error a la víctima para hacerle disponer de su propiedad de modo no compensatorio. En la primera hipótesis, la simulación es un engaño; en la segunda, integra el engaño”¹⁷⁸.

La misma opinión es sostenida por DONNA: “El tipo penal en estudio constituye una modalidad específica de estafa (...) pues concurre el engaño en simular un contrato o extender un falso recibo, que produce un perjuicio en el patrimonio ajeno a consecuencia del acto de disposición que se realiza con motivo del error en que incurre el engañado”¹⁷⁹.

También por SOLER para quien “solamente bajo ese esquema pueden aclararse los problemas que la letra de la ley parece plantear”¹⁸⁰.

Distinta en cambio es la opinión de DAMIANOVICH, para quien el delito no “responde a la especie de las defraudaciones en cuanto a la estructura típica fundamental y atendiendo al verbo definitorio de la acción”, no obstante reconoce que “la naturaleza de esta actividad entraña siempre una maniobra ardidosa en la que se persuade a la víctima de la veracidad intrínseca de los instrumentos que se otorgan, lográndose así engañarla, con el consecuente perjuicio patrimonial”¹⁸¹.

En nuestro país GARRIDO aborda este delito en conjunto con los “tipos especiales descritos en el párrafo de las estafas y otros engaños”, a los que califica como “figuras anómalas” de difícil ubicación en el Código, refiriéndose además del que nos ocupa, a la supresión de documentos para

¹⁷⁸ CREUS, Carlos. op. cit., p. 487

¹⁷⁹ DONNA, Edgardo. op. cit., p. 397

¹⁸⁰ SOLER, Sebastián. op. cit., p. 410

¹⁸¹ DAMIANOVICH, Laura. Delitos contra la Propiedad 3ª. Edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000. p. 277

defraudar, la destrucción del bien embargado y el hurto de posesión¹⁸². Respecto del delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro comenta que se “ha discutido la existencia del engaño en este caso, puesto que aquí no se duda de que no hay abuso de confianza; en realidad la mentira en cuanto al contenido del acto llevado a cabo es lo que constituye el ardid inherente a los fraudes por engaño, que induce a error a la víctima al creer que se ha realizado algo que en el hecho la perjudica, pero que en realidad es sólo aparente”¹⁸³.

1.3.- El delito como Fraude impropio

ETCHEBERRY sitúa el delito del artículo 471 N° 2 dentro de los “Fraudes impropios”, ya que “aun cuando la expresión “contrato simulado” pudiera hacer pensar en los fraudes por engaño, la verdad es que esta figura no requiere necesariamente que se engañe a nadie. Se trata solo de crear una apariencia de negocio jurídico que en la realidad de las cosas no existe o es diferente. Pero las partes no buscan provocar un error en nadie en particular ni determinar a través de ello una prestación patrimonial. Buscan solamente la creación de un aparato externo que justifique una situación que se desea mantener oculta o cuyos efectos se quiere evitar. Por esta razón clasificamos esta figura entre los fraudes impropios y no entre los fraudes por engaño”¹⁸⁴.

Este autor prescinde de identificar la diferencia con los fraudes por engaño propiamente tales, especialmente la estafa, en la exigencia de perjuicio, sino que la asienta en la estructura del delito, en la medida que en el otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro no existiría engaño dirigido a otra persona, ni menos se procuraría determinar a través de ello

¹⁸² GARRIDO, Mario. op. cit. p. 382

¹⁸³ Ibídem, p. 385

¹⁸⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit. p. 442

una prestación patrimonial. En lo tocante al perjuicio sin embargo, el autor exige que este se cause a terceros, lesionando un derecho efectivamente existente, del mismo modo que los fraudes por engaño.

BASCUÑÁN¹⁸⁵ estima correcta la expresión de “fraude impropio” con que la doctrina nacional, específicamente ETCHEBERRY, denomina al delito de otorgamiento de contrato simulado, pues “se trata de delitos en los cuales no existe una interacción entre el autor y la víctima que deba ser objetivamente imputado al autor, como resultado de su acción”. Con todo, estima insuficiente tal calificación en cuanto no basta con advertir que el otorgamiento de contrato simulado no es una modalidad de estafa ni de administración desleal del patrimonio ajeno, ya que debe anotarse el carácter anómalo que este delito presenta en nuestro derecho, al constituir por una parte una hipótesis de insolvencia punible (como presunción de quiebra fraudulenta y en el delito del artículo 466 inciso 2º) y por otra una figura desligada de los delitos concursales en el artículo 471 N° 2.

Para tales efectos, identifica correctamente el perjuicio como exigencia de insolvencia del deudor no comerciante en el delito del artículo 466 inc. 2º, pero advierte que en el caso del delito del artículo 471 N° 2 “si el perjudicado es un tercero, ajeno al contrato simulado, entonces solo puede aparecer como perjudicado en la medida en que sea acreedor de una de las partes intervinientes en el contrato simulado”, por lo que acertadamente se pregunta: “¿en qué puede consistir el perjuicio, si no es en la insolvencia del deudor?”.

En este punto el autor refuta la tesis sostenida en un fallo de la Corte Suprema¹⁸⁶ que sostiene que la frustración del ejercicio del derecho de prenda general de un acreedor, concretada en la imposibilidad de embargar un bien raíz, sería un perjuicio en el sentido del artículo 471 N° 2, pues si así

¹⁸⁵ BASCUÑÁN, op. cit., pp. 342-345

¹⁸⁶ Corte Suprema, 9 de julio de 2003, Rol N° N° 657-02

fuese “entonces debe interpretarse el perjuicio en el mismo sentido con que se interpreta dicho requisito en los delitos de insolvencia”, con lo que “la norma se vuelve redundante; sería idéntica a la norma del inciso 2° del artículo 466 del Código Penal”.

Para salir del dilema BASCUÑÁN propone atribuir a la norma del 471 N° 2 un objeto de protección análogo al de las variadas hipótesis que fragmentariamente protegen ciertas situaciones crediticias específicas, de modo que el “otro” en el sentido del artículo 471 N° 2 “debe ser un acreedor titular de un derecho particular y concreto, análogo en su significación patrimonial al derecho del acreedor que ha obtenido la traba de un embargo, o del acreedor prendario de prenda sin desplazamiento o del vendedor de cosa mueble a plazo¹⁸⁷”. Y en tal sentido propone un solo caso, entendemos que a título meramente ejemplar, cuando afirma: “tal es el caso de un acreedor de una obligación de especie o cuerpo cierto, respecto de contratos simulados que inciden precisamente sobre el objeto de la prestación debida”.

La objeción del autor a la tesis planteada por la Corte Suprema en cuanto a englobar como objeto de protección en el artículo 471 N° 2 al derecho de prenda general de los acreedores resulta del todo fundada y coincide con las conclusiones a las cuales llega este trabajo más adelante. No obstante el alcance que en reemplazo se asigna a la disposición restringe considerablemente su aplicación al punto de volverle prácticamente una aguja en un pajar. Y es que ni es correcta la analogía de que se vale el autor ni acertado el ejemplo que utiliza.

Si el artículo 471 N° 2 protegiese ciertas situaciones crediticias específicas, análogas en su significación patrimonial a la protección del acreedor que ha obtenido la traba del embargo, o del acreedor prendario de la prenda sin desplazamiento o de la prenda de cosas muebles vendidas a

¹⁸⁷ Al tiempo de publicarse el texto que comentamos del profesor Bascuñán se encontraban aún vigentes las leyes N° 4.702 sobre Compraventa de Cosas Muebles a Plazo con Prenda, y la ley N° 18.112 sobre Prenda sin Desplazamiento

plazo, entonces no se entiende por qué específicamente en el caso de la prenda constituida de conformidad a la derogada Ley N° 4.702, el legislador debió prever la tipificación específica en su artículo 35 de la simulación, con perjuicio de tercero, de contratos en cualquiera forma para acogerse a las disposiciones de dicha ley. Si cubriesen el mismo ámbito de injusto, habría bastado con la tipificación del artículo 471 N° 2, cuya zona de aplicación ya habría dado cuenta de la hipótesis delictiva señalada. Más aun, al derogarse dicho delito junto con toda la regulación de esa prenda en específico, y establecerse en adelante una única prenda sin desplazamiento en virtud de la Ley N° 20.190, se estableció un nuevo tipo penal cuyo alcance cubre la hipótesis delictiva a que hace referencia el autor, al castigar en el artículo 40 de dicha normativa con las penas del artículo 473 del Código Penal al deudor prendario respecto de la cosa prendada que “defraudando al acreedor prendario, la altere, oculte, sustituya, traslade o disponga de ella”. Y aun cuando se considerase que el otorgamiento de un contrato simulado en perjuicio de los acreedores prendarios queda cubierto por el artículo 471 N° 2 dicha modalidad comisiva operaría como privilegio respecto de las demás defraudaciones en que incurrirían los deudores prendarios por considerarse en esta última disposición una pena más baja que la del artículo 473. Si es así la analogía no sería tal, ya que a partir de ella se reconocería el mismo ámbito de injusto pero se seguirían efectos penales de intensidad disímil.

Y en cuanto al ejemplo que se propone, esto es, cuando el contrato simulado importa la enajenación de la especie o cuerpo cierto debida, ya nos hicimos cargo más arriba de objetar el concepto de “insolvencia parcial” que el caso propuesto representa, ya que conforme lo dispuesto en el artículo 1672 inc. 1° del Código Civil, si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto: el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. De este modo, enajenada simuladamente la especie o cuerpo cierto, la acreencia muta en la obligación de pagar su precio e indemnizar los perjuicios

causados al acreedor, y si el deudor tuviese bienes con que atender a estos nuevos compromisos, el contrato simulado no sería punible por no haberse otorgado en perjuicio de sus acreedores. Estimar que hay delito aun en tales condiciones implicaría penalizar allí donde la legislación civil contempla un adecuado remedio, transgrediendo de este modo el principio de *ultima ratio* que debe informar el derecho penal.

Restaría aún la única y marginal hipótesis en que el deudor de la especie o cuerpo cierto careciese de bienes con que responder a estas nuevas obligaciones, las de pagar el precio e indemnizar. Pero allí la solución propuesta caminaría en círculos pues volvería nuevamente sobre el problema de la insolvencia punible del deudor, ya cubierta con los tipos de la Ley de Quiebras y del artículo 466.

De este modo, si los casos análogos a los que se refiere BASCUÑÁN ya se encuentran cubiertos con tipos especiales, y si el único ejemplo que propone no resulta aplicable, su solución no encuentra aplicación posible o bien confirmaría su temor de que la norma resulte “arbitraria o redundante”.

Señalemos finalmente que encontramos en nuestro país un fallo que se ha pronunciado sobre este punto al señalar que: “la acción engañosa debe ser bastante para inducir a error a otro, lo que no se da en la especie, pues al individualizarse Rosario del Carmen Chanqueo Huaiquimil, expresó ser profesora de educación básica, de educación diferencial y tener un post título de lenguaje”¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, 3 de diciembre de 2007, Rol N° 1601-2007 (Ref), N° Legal Publishing: 37879. La Corte en este caso había sostenido acertadamente en forma previa el error de derecho en que incurrió el fallo del tribunal oral al haber condenado por el delito del artículo 471 N° 2, en circunstancias que al otorgarse el contrato simulado sobre un bien, éste ya no pertenecía a la víctima, que de esta forma no sufrió perjuicio alguno como consecuencia de dicho contrato. No obstante, agrega innecesariamente el argumento citado en el texto (considerando 27°), pese a que el “error a otro” a que se hace referencia correspondió a un delito de estafa anterior de que la persona afectada había sido víctima, al vender y entregar la posesión material de un vehículo luego que se le acreditara fraudulentamente el supuesto pago del precio. El contrato simulado se otorgó con posterioridad por un tercer adquirente (aparentemente de buena fe) del bien defraudado con el fin

2.- El Contrato Simulado como modalidad de defraudación: fraude por engaño y/o por abuso de confianza. Nuestra posición

Resaltemos ante todo que tomar partido en esta materia tiene trascendencia, pues a ello se supeditan los alcances del tipo respectivo, sobre todo los requisitos que explícita o implícitamente se exigen por la ley para configurar el delito del artículo 471 N° 2. Como ya hemos comentado, la categorización de este delito como una forma de estafa, como estafa impropia o más genéricamente como un fraude por engaño, tiene relevancia al menos en lo relativo a la exigencia de perjuicio como elemento del tipo, necesario por ende para dar cuenta de su consumación, a lo que agregaremos la exigencia de que concurren en este delito los requisitos estructurales de la estafa, especialmente el engaño a otro y la disposición patrimonial errónea perjudicial por parte del engañado.

Partamos señalando que, en general, los delitos que afectan el patrimonio pueden adoptar diversas modalidades típicas, dependiendo en primer lugar de la existencia o no de elementos subjetivos en su comisión, especialmente el ánimo de lucro o al menos la pretensión de obtener una ventaja patrimonial para el autor o para un tercero por parte del agente, a partir de lo cual podemos distinguir muy primariamente entre delitos de enriquecimiento y de destrucción¹⁸⁹.

A su vez, aquellos de enriquecimiento albergan distintas figuras susceptibles de ser distinguidas entre sí por el “modo de atentar contra el bien jurídico, según que se atente sin o contra la voluntad del sujeto pasivo, en el hurto, el robo, la extorsión y la usurpación, o con ella, siquiera viciada,

de evitar las acciones que perseguirían su restitución por parte de la anterior titular del dominio, de lo que se deduce que el error aducido para el contrato simulado no existió, ya que la disposición patrimonial se había producido antes en razón de la estafa previa

¹⁸⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María. Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, 2ª. Edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 298

en las defraudaciones”¹⁹⁰. Otras distinciones ulteriores, fundadas en el tipo de objeto material afectado no prestan mayor utilidad por la falta de exclusividad de algunas clases de bienes dentro de categorías específicas, como en la estafa que puede afectar tanto bienes muebles como inmuebles, especies corporales o incorporeales.

Las defraudaciones, correspondientes a atentados contra el patrimonio contando con la voluntad –viciada- del sujeto pasivo, abarcan la categoría más amplia y heterogénea de conductas, resultando dificultoso acuñar un concepto unitario de ellas, salvo por el empleo del fraude como forma comisiva, o su producción o logro a través de las más diversas formas de fraude que pueden encontrarse en la ley¹⁹¹. Defraudación no es entonces un tipo *delicto* en el sentido de Beling, sino solamente la denominación genérica de una serie de tipos¹⁹², los cuales envuelven dos requisitos: un perjuicio o lesión patrimonial para la víctima y el fraude empleado por el sujeto activo. Defraudar sería entonces “causar un perjuicio a otro mediante fraude”¹⁹³.

De esta forma, los contornos de las defraudaciones se encuentran definidos por sus medios o formas de obrar, esto es, por los tipos de fraude. Entre estos se reconocen fundamentalmente dos modalidades: el engaño, propio de la estafa, y el abuso de confianza, presente por ej. en la apropiación indebida, siempre como formas diferentes del empleo predominante de la actividad física o corporal del agente que caracteriza a los delitos de apoderamiento o apropiación.

RIVACOBBA define por esto al fraude como “medio o modo de obrar engañoso o abusivo de confianza de que se sirve una persona para obtener un resultado antijurídico, y, en concreto, en los delitos contra los derechos

¹⁹⁰ RIVACOBBA, Manuel. op. cit. p. 26

¹⁹¹ *Ibíd*em, p. 28

¹⁹² SOLER, Sebastián. op. cit., p. 339

¹⁹³ MERA, Jorge. op. cit., p. 83

patrimoniales, para causar a otro un daño económico y estimable en dinero, tipificado penalmente”¹⁹⁴. MERA, como “el medio o modo de obrar engañoso o abusivo de confianza de que se vale una persona para obtener un resultado antijurídico consiste(n)te) en un daño pecuniario”¹⁹⁵.

Abogados ahora a desentrañar la naturaleza del otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro, aparece este como un delito que atenta contra el patrimonio y que por su modalidad comisiva -el otorgamiento del contrato simulado- comparte preferentemente las características de los delitos de defraudación, al menos por el uso predominante de un medio inmaterial y no físico corporal en su comisión: el fraude.

Más difícil resulta empero encasillar este delito dentro de una de las dos manifestaciones anotadas para el fraude: el engaño o el abuso de confianza. Y es que, como podremos observar, la casuística donde se ha reconocido la presencia de este delito, reviste en oportunidades las características de una u otra modalidad.

2.1 El Contrato Simulado como Fraude por Engaño

En efecto, en ciertos casos lo que prima es la colusión de los otorgantes del contrato simulado para disminuir un patrimonio ajeno al crear una situación jurídica aparente que impacta directamente en el valor de dicho patrimonio. Esta apariencia jurídica constituye un engaño, consistente en “afirmar una falsedad con respecto a un hecho o en la presentación de un hecho falso como real o verdadero”¹⁹⁶. Lo esencial en este engaño es cómo

¹⁹⁴ RIVACOBBA, Manuel. op. cit., p. 30

¹⁹⁵ MERA, Jorge. op. cit., p. 84

¹⁹⁶ ROMERO, Gladys. Delito de Estafa. 2ª. Edición. Buenos Aires, Hammurabi, 2007. p. 112. Hemos preferido esta definición por sobre otras pues considera de forma aislada al engaño, independiente del efecto de error que puede provocar en un tercero, pues de esta última forma se integran y confunden ambos elementos de la estafa. Es el caso por ej. de la definición de POLITOFF et al. (op. cit. pp. 418) para quienes el engaño consiste “tanto en una actividad del agente, la simulación,

se tuerce la realidad, cómo se hace figurar frente a terceros y especialmente frente a la víctima, una verdad aparente, disfrazada con la máscara de la simulación, cuyo objetivo y resultado es la afectación de un patrimonio ajeno.

Las hipótesis en que dos personas se coluden a través de un contrato simulado, pero donde finalmente termina siendo perjudicado un tercero que no interviene en dicho acto, tropiezan con un problema previo.

En efecto, es sabido el efecto relativo que por regla general producen los contratos, principio derivado implícitamente en nuestra legislación del artículo 1545 del Código Civil, consecuencia a su vez de la autonomía de la voluntad, ya que si “se predica de la voluntad la capacidad o poder de ser la fuente y la medida de los derechos y obligaciones contractuales, eso sólo puede concretizarse a condición que haya voluntad; a condición que la persona manifieste su querer interno. Pero quienes nada dicen, los terceros, no pueden verse afectados por contratos ajenos”. Por lo mismo la “*lex privata* del contrato no legitima ninguna invasión en la esfera patrimonial de otros, ya que la autonomía no puede convertirse en heteronomía”¹⁹⁷.

No obstante, la aplicación estricta de dicho principio ha ido declinando en el derecho contemporáneo por dos vías. La primera es la de las excepciones al principio, conforme las cuales ciertos contratos crean derechos u obligaciones para un tercero absoluto, como en la estipulación a favor de un tercero (artículo 1449 del Código Civil) y en apariencia la promesa de hecho ajeno (artículo 1450 del Código Civil). La segunda, que entra de lleno en el ámbito que nos ocupa, es la del efecto expansivo o

alteración u ocultación de un hecho verdadero en términos del StGB, como en un efecto sobre la víctima, el error o falsa representación de la realidad”, donde se agrega a la esencia del engaño el efecto que debería producir: el error, en circunstancia que pueden existir engaños que no provoquen error alguno, ya sea por su falta de idoneidad o por su detección oportuna por parte del receptor. La diferencia entre estos requisitos se exagera en BALMACEDA, Gustavo (El Delito de Estafa Informática. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009. p. 220). La discriminación entre ambos elementos nos resultará esencial a continuación para distinguir la estafa del otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro.

¹⁹⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. op. cit. p. 242

absoluto de los contratos, “conforme al cual, indirectamente, los contratos pueden beneficiar o perjudicar a muchas personas que no revisten el carácter de partes; en cuanto hecho, el contrato se expande o puede expandirse *erga omne*”¹⁹⁸. De esta manera, no es que el contrato sea oponible a terceros absolutos que no concurrieron con su voluntad a su otorgamiento, sino que en cuanto *situación de hecho* el contrato y sobre todo sus efectos no pueden ser desconocidos y, como tal, pueden beneficiar o perjudicar a terceros.

Este efecto expansivo de los contratos se expresa en instituciones como la verificación de créditos en las quiebras, el seguro obligatorio que cubre los riesgos de muerte y lesiones que sufran las personas como consecuencia de accidentes de tránsito en que intervenga el vehículo asegurado, los contratos del derecho de familia y, especialmente en lo que aquí nos ocupa, las convenciones en perjuicio de tercero tales como aquellas que en materia civil no pueden desconocerse sino solo impugnarse vía la acción pauliana del artículo 2468 del Código Civil, y los contratos simulados otorgados en perjuicio de otro, incluidos los acreedores.

En este sentido encontramos dentro de la escasa jurisprudencia nacional relativa al contrato simulado punible como fraude por engaño, que la Corte Suprema ha resuelto que “si Fierro estaba en conocimiento de que su predio había sido adquirido por un tercero en la subasta, y luego se enteró de que, por cualquier causa, este último no había practicado las correspondientes inscripciones, es lógico suponer que se coludió con otro a fin de efectuar un simulacro de venta del predio, sustrayéndolo así a su patrimonio, inhabilitando a quien se lo adjudicó para efectuar ya las inscripciones omitidas y facilitando la eventual enajenación futura del inmueble”. De este modo “el otorgamiento de ese contrato simulado causó ciertamente un perjuicio al querellante Héctor Arce Cerda, pues importó

¹⁹⁸ *Ibíd*em, loc. cit.

privarlo de la posibilidad de incorporar a su patrimonio el inmueble que había adquirido en la subasta mediante su inscripción en el registro conservatorio de bienes raíces y la consiguiente tradición, lo cual le habría significado transformar el derecho personal que ostentaba en un auténtico derecho real de dominio sobre el bien raíz”¹⁹⁹. La venta simulada que efectuó el acusado de su predio una vez que este había sido adjudicado en subasta por un tercero, y antes que dicha adjudicación fuese inscrita, perjudica al tercero al impedirle adquirir la posesión inscrita del inmueble pese a no haber tenido intervención alguna en el contrato simulado.

La hipótesis más recurrente, al menos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, es la de arriendos pactados simuladamente para retardar o impedir la posesión material de un inmueble por parte de un arrendador, tercero adquirente o adjudicatario. Así puede observarse en STS de 27 de diciembre de 2001, 4 de junio de 2002, 30 de mayo de 2002, 18 de julio de 2002 y 10 de febrero de 2006.

También se ha fallado de esta forma en el caso de quienes simularon la existencia de un contrato de obra entre una empresa y un particular, para que los padres de un trabajador de la primera, quien prestaba ocasionalmente servicios de albañilería para el particular por cuenta propia y fuera del giro de la empresa asegurada, pudieran percibir de una Compañía Aseguradora las prestaciones sociales por el fallecimiento acaecido al trabajador mientras prestaba dichos servicios por cuenta propia, como si el accidente que provocó el deceso se hubiese producido mientras laboraba para la empresa asegurada, lo que no era efectivo (STS 22 de diciembre de 1998).

Más complejo pero no menos elocuente es el supuesto fallado como otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro en STS de 12 de marzo de 1992. Constituida una Sociedad mercantil por Cristóbal

¹⁹⁹ Corte Suprema, 4 de enero de 2000 (Gaceta Jurídica N° 235, p. 94)

(representante), Marcelino, Luis Andrés y Arturo, estos se obligan como fiadores solidarios a favor del Banco Popular de España y hasta el límite de doce millones de pesetas, para garantizar toda obligación de naturaleza mercantil que tenga contraída o que contraiga a futuro la Sociedad con el Banco, por plazo indefinido. Tiempo después, Luis Andrés asume una deuda personal con el mismo Banco por la suma de doce millones cuatrocientas mil pesetas, pero deja de pagarla y es declarado en situación de concurso voluntario de acreedores, lo que le impide disponer de sus bienes. Enterado de esta situación José Ignacio, Director del Banco Popular, se colude con Cristóbal para otorgar un préstamo de dinero a la Sociedad por la misma cantidad adeudada por Luis Andrés, la que una vez recibida es enterada inmediatamente en una cuenta de Luis Andrés, quien destina dicha suma al pago de su deuda personal con el Banco. A continuación, la Sociedad no paga el préstamo recibido y el Banco le demanda su cumplimiento, haciendo efectiva la deuda en los bienes de Marcelino, para lo cual invoca la fianza personal contraída otrora por este, embargando sus bienes y bloqueando sus cuentas.

La sentencia afirma que el contrato, aparentemente de préstamo, entre el Banco y la Sociedad, “lo era de cancelación de deuda ajena e imputación de dicha deuda a la sociedad indicada en virtud de un fingimiento” y que el Director del Banco se concerta con el representante de la Sociedad “para concederle un préstamo por el mismo importe de la deuda del Sr. Luis Andrés que, aplicado a la cancelación de esta, determina un (anormal) desplazamiento de la deuda a la Entidad y en defecto de pago por esta a los fiadores, que tienen la condición de solidarios, entre los que precisamente se encontraba el querellante, único fiador solidario solvente”. En definitiva, el contrato simulado es el préstamo celebrado entre el Banco y la Sociedad, pero termina perjudicando a un tercero, fiador solidario de las deudas de la última.

2.1.1. El Contrato Simulado y la Estafa

A partir de los conceptos expresados y de la jurisprudencia aplicada, cabe a estas alturas preguntarse si el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro corresponde o no a una auténtica forma de estafa, ejercicio que resulta esencial para escudriñar en los requisitos de esta, aquellos que debieran presentarse en el delito del 471 N° 2.

El delito de estafa, una vez superada la obsoleta técnica legislativa de definirlo a través de la enumeración de sus formas de presentación – presente aún en nuestro viejo Código Penal- se ha consolidado conceptualmente como el “engaño que produce un error el que, a su vez, motiva una disposición patrimonial que resulta perjudicial”²⁰⁰.

La fuerza que ha adquirido esta definición, al menos desde su recepción en España²⁰¹, ha redundado en su reconocimiento positivo en definiciones de Códigos modernos, como el Penal de ese país que en su artículo 248 se plasma de la siguiente forma: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”, así como en el alemán, francés e italiano²⁰².

Tal concepto se estructura sobre la base de los siguientes requisitos que concatenadamente deben sucederse, siguiendo una cierta “cronología”²⁰³:

a) Un engaño emanado del sujeto activo, esto es, la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre; el que se transmite a otro;

²⁰⁰ HERNÁNDEZ, Héctor. Aproximación a la problemática de la estafa. Problemas Actuales de Derecho Penal. Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003. p. 150

²⁰¹ ANTÓN ONECA, José. op. cit., p. 56

²⁰² HERNÁNDEZ, Héctor. Aproximación a la problemática de la estafa. op. cit., p. 152 (nota 10)

²⁰³ *Ibidem*, p. 153

- b) Un error provocado en el receptor del engaño;
- c) Una disposición patrimonial por parte del engañado; y
- d) Un perjuicio patrimonial como consecuencia de la disposición patrimonial.

La estafa aparece así como un delito complejo que se configura luego de la reunión de estos numerosos elementos normativos. En él, la víctima adquiere un rol protagónico pues es ella directamente, o un tercero receptor del engaño, quienes provocan su propio perjuicio o el de otro al disponer patrimonialmente en los términos equivocados provocados por el autor. Se dice de esta forma que la estafa es un delito de “autolesión”, en la forma de una “autoría mediata tipificada”²⁰⁴, donde el autor utiliza al receptor del engaño como agente no doloso en la producción del resultado que le perjudica a él mismo o a un tercero.

Si en el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro se presentasen todos estos requisitos estaríamos en presencia de una verdadera estafa, cuya tipificación especial se justificaría por la forma específica que reviste aquí el engaño: la falta a la verdad expresada en el otorgamiento de un contrato simulado, donde una verdad aparente disfraza una verdad real alojada en la voluntad de los otorgantes con miras a causar un perjuicio a un tercero.

En nuestro derecho esta modalidad especial operaría asimismo como una estafa privilegiada, habida consideración del importe notoriamente inferior de su penalidad, incluso respecto de la modalidad menos injusta de estafa, aquella del artículo 473, conocida como “residual”.

Pues bien, claramente puede identificarse a nuestro juicio el contrato simulado como una forma de engaño, en la medida en que en este se falsea

²⁰⁴ KINDHAUSER, Urs. Estudios de Derecho Penal Patrimonial. 1ª. Edición. Lima, Editora Jurídica Grigley, 2002. p. 81

la realidad, se aparenta una situación que no es verdadera, donde los otorgantes crean una exterioridad que no se corresponde con la verdad, ya sea porque detrás de esa manifestación de voluntad no hay propósito alguno de obligarse, o bien porque el contenido real del contrato se oculta, mintiendo sobre los alcances de los términos que se exponen a terceros. La similitud terminológica del contrato simulado con las modalidades del artículo 468 es patente: poder, influencia o crédito supuestos; apariencia de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios.

También es exigencia del delito del artículo 471 N° 2 que se cause un perjuicio patrimonial, que en este caso debe ser efectivo y no una mera tendencia como en el delito del artículo 466, tema sobre el que nos extenderemos más adelante. El perjuicio debe provenir precisamente del engaño constituido por el contrato simulado.

Pero donde el delito se distancia de la estafa es en lo relativo al error del disponente. En el otorgamiento de contrato simulado los otorgantes del contrato simulado actúan coludidos entre sí, ambos conscientes del carácter simulado y falso de la declaración que están manifestando. Es condición del contrato simulado que todos sus otorgantes estén contestes en el falseamiento de la realidad, pues de otro modo el contrato adolecería de reserva mental y a lo más sería impugnabile por algún vicio del consentimiento y, como tal, eventual vehículo para la comisión de un delito distinto. Así, ya que en el contrato simulado los otorgantes tiene plena conciencia de lo que hacen, ninguno de ellos actúa alterado por algún error; el engaño (el contrato simulado) no les provoca ningún error.

Pero lo relevante a continuación es que tampoco el engaño tiene algún otro destinatario, o al menos, de forma alguna este es el disponente. En el contrato simulado el engaño pretende producir efectos sobre el patrimonio de la víctima, pero ni ésta ni nadie actúan movidos por error, con lo que cae el segundo requisito doctrinal de la estafa. Existe el engaño, pero

solo como conducta de los sujetos activos, no como efecto causal en otro. Nos encontramos en presencia de un engaño y de engañadores, pero no de engañados.

¿Y si nadie actúa motivado por el error, cómo es que se produce entonces la disposición patrimonial?. En la estafa la disposición es efectuada por el engañado, por quien sufre el error. En el contrato simulado la disposición patrimonial (la pérdida de un activo, la asunción de una deuda, la renuncia a un derecho) se produce como consecuencia inmediata del contrato simulado, en razón del efecto expansivo de algunos contratos. La disposición patrimonial es consecuencia directa del engaño representado por los autores a través del contrato simulado, sin que medie la intervención de tercero alguno entre autor y disposición.

He aquí una diferencia fundamental entre la estafa y el contrato simulado. En la estafa siempre la disposición patrimonial es efectuada por quien sufre el error, psicológica y/o normativamente; en el contrato simulado, en cambio, la disposición patrimonial es consecuencia directa e inmediata del engaño, no hay disponente que actúe por error. El otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro no es delito de autolesión, sino que de heterolesión, y en él los autores actúan directamente (en participación necesaria), no en forma mediata.

Más aun, si luego del otorgamiento del contrato simulado se requiriese la intervención de un tercero que actúe bajo error para que el delito se consuma, entonces la figura sería de estafa y no de contrato simulado. Es lo que ocurre por ej. con la estafa procesal cuando se simula un crédito inexistente y se lo reclama judicialmente para ejecutar algún bien de la víctima o para hacerse de un privilegio. En estos casos, independientemente de que puede existir un contrato simulado (un mutuo simulado, un contrato de trabajo simulado), el fin último es arrancar una decisión judicial errónea y perjudicial, en que el juez dispondrá de un bien o

menoscabará un derecho del demandado, en la creencia errónea de que los supuestos de lo demandado son verdaderos. La disposición patrimonial será consecuencia del error en que se hizo incurrir al juez y no del contrato simulado, por lo que el delito es estafa y no contrato simulado²⁰⁵.

En consecuencia, si en el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro no hay error en el disponente patrimonial, como unánimemente en la doctrina y jurisprudencia se exige para la estafa, incluso en nuestro medio donde el texto positivo es *leído* de esa forma, entonces no estamos en presencia ni de una modalidad de estafa ni de una estafa impropia. Simplemente se trata de una forma especial de defraudación por engaño en que el fraude consiste en el otorgamiento de un contrato simulado. Desde esta perspectiva, el delito del 471 N° 2 tipifica al contrato simulado como un fraude, esto es, como modalidad comisiva de la defraudación.

La calificación del otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro como estafa impropia, que en el derecho español se impuso forzosamente luego que en 1983 se asumiera en el texto positivo la definición antes solo doctrinal y jurisprudencial de estafa (incompatible con la estructura del contrato simulado) parece responder no más que a la conservación de la nomenclatura clásica, pero sin hacerse cargo de las repercusiones reales de la modificación. Se trata además, al igual que en

²⁰⁵ En este sentido discrepamos de la sentencia de la Corte de Talca, de 30 de enero de 2007 que resolvió en el sentido inverso al defendido: "Que lo hechos anteriormente descritos aparece justificada la existencia del delito previsto y sancionado en el artículo 471 N° 2 del Código Penal en perjuicio del Banco Santiago, actual Banco Santander Chile, por cuanto dos individuos en la causa rol N° 6.004 del Juzgado de Letras y del Trabajo de Parral, caratulada "Osorio Cisternas Christian Antonio con Aravena Ascencio Nelson Antonio", sobre despido injustificado, mediante declaraciones contenidas en ella aparentaron haber celebrado un contrato laboral en los términos de los artículos 7º y 9º del Código del Trabajo, mediante las maniobras reseñadas en los apartados c) y d) del raciocinio que antecede, con el propósito de configurar a favor del actor una causal de privilegio de primera clase prevista en el artículo 2472 N° 5 y 8 del Código Civil, en perjuicio del Banco querellante" (Rol 146-2006 Criminal). Puede interpretarse que adhiere a la idea de que ésta es una estafa procesal, aunque no se hace cargo del eventual concurso con el delito del 471 N° 2, GRISOLIA, Francisco (La Estafa Procesal en el Derecho Penal Chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 24(3): 417-422)

nuestro derecho, de una calificación estéril que acarrea errores prácticos de enorme trascendencia.

Tampoco tiene sentido hablar de “fraude impropio”, sino que de una modalidad de fraude propiamente tal. Cuando ETCHEBERRY agrega el adjetivo “impropio” al contrato simulado, enfatiza la idea de que en este el engaño no provoca error en la víctima, pero tal circunstancia es esperable en la estafa y no en la figura genérica del fraude por engaño. En este lo esencial es que la defraudación se produce precisamente por engaño, para distinguirlo del abuso de confianza, pero en parte alguna se exige que el engaño deba necesariamente recaer en la víctima. De hecho, así ocurre tanto en la estafa triangular como en el contrato simulado.

2.2 El Contrato Simulado como Fraude por Abuso de Confianza

El abuso de confianza como medio comisivo de las defraudaciones, esto es, como fraude, es difícil de ser comprendido a través de una fórmula general al decir de ETCHEBERRY, ya que los fraudes de este tipo se caracterizan más bien por ser incumplimientos voluntarios de determinadas obligaciones jurídicas, legales o contractuales, lo que obviamente dificulta distinguirlos del injusto puramente civil, propio de una obligación no cumplida. No obstante, sería posible distinguir en todas ellas situaciones en que “una de las partes de la relación jurídica ha entregado a la otra un poder de hecho que significa para aquella la renuncia a lo que Carrara llamaba la “defensa privada”, o sea, de sus medios de vigilancia, resguardo o defensa contra un mal uso de la cosa o poder entregados. De este modo, el cumplimiento de la obligación correlativa queda entregado a la voluntad

unilateral de la otra parte, y el primer contratante sólo dispondrá de remedios a posteriori para el caso de incumplimiento”²⁰⁶.

El fraude por abuso de confianza más característico es el de la apropiación indebida, donde el “poder de hecho” a que hace referencia ETCHEBERRY se alcanza por la recepción de una cosa mueble, dinero o efectos, en razón de un título que produce obligación de entregarlas o devolverlas y que, conservadas materialmente, permiten al autor su apropiación o distracción. También obedecen a esta categoría el delito de abuso de firma en blanco del artículo 470 N° 3, y las excepcionales manifestaciones de lo que en el derecho comparado ya se encuentra regulado como “administración desleal”, a saber el delito del artículo 470 N° 2²⁰⁷ y para algunos aquellos del artículo 469 N°s. 3 y 4²⁰⁸, y el delito de fraude al fisco del artículo 239²⁰⁹, todos del Código Penal.

Revisada la jurisprudencia nacional encontramos casos en que se han castigado a través del artículo 471 N° 2 situaciones donde claramente el contrato simulado se otorgó abusando de la confianza depositada en el sujeto activo, especialmente cuando se ha dotado a este de facultades de disposición sobre los bienes de la víctima. Se trata de casos en que el mandatario dispuso o gravó los bienes de su mandante a través de contratos simulados²¹⁰.

La Corte Suprema estimó acreditado el delito “por la simulación del contrato de fecha 15 de octubre de 1934, celebrado entre Luis Burgos Quintana y Alberto Burgos Labonne en el cual el primero da al segundo la

²⁰⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 424

²⁰⁷ HERNÁNDEZ, Héctor. La Administración Desleal en el Derecho Penal Chileno. op. cit., p. 204

²⁰⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., pp. 435; GARRIDO, Mario. op. cit., p. 373

²⁰⁹ HERNÁNDEZ, Héctor. La Administración Desleal en el Derecho Penal Chileno. op. cit., p. 234

²¹⁰ Pueden imaginarse otras situaciones con una estructura análoga, como el representante de una persona jurídica que compromete simuladamente los bienes sociales que administra, el padre o madre que ejercen la patria potestad y el tutor o curador que simulan la enajenación de los bienes de su pupilo o de la herencia yacente (sin requerir autorización judicial), y el jefe de la sociedad conyugal que enajena o grava los bienes sociales o los propios de la mujer

suma de \$125.000 en mutuo, firmando éste ese contrato como mandatario de Desiderio Corbeaux. El querellante Corbeaux culpa a los otorgantes de aquel mutuo hipotecario que lo celebraron con el solo objeto de perjudicarlo en la suma de \$125.000, gravando su fundo en este valor; que Alberto Burgos no recibió ese dinero para ingresarlo a su haber ni lo invirtió en la explotación del fundo; que ese contrato lo celebró sin su autorización²¹¹. El contrato simulado afecta a la víctima en la medida que uno de los autores lo suscribe en su representación, y le causa un perjuicio consistente en el gravamen hipotecario constituido sobre un inmueble de su propiedad

También se ha reconocido el delito en el caso de “haber celebrado un contrato simulado de compraventa de un bien raíz, lo que se logró a través de un poder general de quien figuraba como dueño, por el que uno de ellos actuando como si lo hiciera en su representación, vendió al otro el departamento que la víctima había adquirido años antes pagando su precio y que había quedado sin inscribir porque el vendedor que se comprometió hacerlo, no lo hizo. Conforme a los hechos establecidos ésta es la situación que los sentenciados aprovecharon para inscribir la propiedad, despojando de este modo a la demandante de este bien, incorporándolo de hecho -por medio de formas engañosas- al patrimonio de uno de los agentes”²¹².

El Tribunal Supremo español ha castigado también como otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro, situaciones análogas a las reseñadas, tales como:

– El mandatario que vende simuladamente a su hermana todos los bienes muebles, inmuebles y semovientes o sus participaciones indivisas que pertenecen a sus representados en su país de origen por un precio que el vendedor confiesa haber recibido de la compradora, pero del que no hizo

²¹¹ Sentencia de 26 de junio de 1940 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVIII, 1ª. parte, p. 149)

²¹² Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de diciembre de 2000, Ingreso N° 22.816-2003

entrega de cantidad ni rindió cuenta alguna a sus poderdantes (STS 12-07-1988).

– El acusado que, contrariado por no haber podido adjudicarse las propiedades que antes poseía proindiviso con sus co-herederos, aprovechó la ocasional presencia de una persona que, según conocimiento que el acusado tenía, ostentaba un poder general que aparecía otorgado con amplias facultades por la flamante dueña de los inmuebles, se concertó con la persona apoderada y, previo acuerdo, haciendo uso de tal poder, simularon la venta de dichos bienes, que formalizaron en escritura pública, tomando luego posesión de ellas (STS 18-02-1991).

– La víctima otorgó sendas escrituras de poder con facultades plenas de administración y venta de todos sus bienes que por mitad y proindiviso le correspondían por herencia de sus padres, a su hermano, el inculpado, quien de acuerdo con sus hijos, también procesados, para privar a la víctima de sus bienes, concertaron fingir que este, representado por su hermano, vendía aquellos a sus dos hijos. En la escritura se hizo constar un valor inferior, y que el precio de la venta lo tenía recibido el vendedor antes de ese acto, de los compradores, lo que no es cierto. Y sin que estos con posterioridad a la fecha de la venta, abonasen cantidad alguna en tal concepto (STS 30-03-1991).

– Entre junio de 1992 y diciembre de 1997 aparecía una deuda contable de Jesús Gil, a través de Promociones Futbolísticas S.A., con el Club Atlético de Madrid por importe de 2.700.000.000 de ptas. Ante ello, Jesús Gil y Miguel Ángel Gil, su hijo, diseñaron un procedimiento para cancelarla, sin que ello supusiera el reintegro de esa cantidad, y que consistía en simular la cesión por parte de Jesús Gil al Club de los derechos económicos y de imagen de unos jugadores que calificaron de profesionales, siendo el valor de esos derechos casi inexistentes. Al efecto, otorgaron cuatro contratos en virtud de los cuales Jesús Gil, actuando en nombre de

Promociones Futbolísticas S.A., cedía al Atlético de Madrid, representado por Miguel Ángel Gil, los derechos económicos y de imagen de cuatro jugadores de fútbol "profesionales, fijándose en los cuatro contratos la suma total de dos mil setecientos cuarenta millones de pesetas que el Club Atlético de Madrid debía pagar a Promociones Futbolísticas S.A. Jesús Gil fingió que "Promociones Futbolísticas S.A." había comprado los derechos económicos y de imagen a una sociedad holandesa llamada Harrogate Licence BV (STS 04-06-2004).

En la totalidad de los casos revisados encontramos, además del engaño ínsito en el otorgamiento del contrato simulado, un abuso de la confianza depositada en quien se le fue entregada por la ley o un contrato.

2.3 Conclusiones

En definitiva, el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro corresponde a una modalidad de comisión de las defraudaciones, indistintamente bajo formas de fraude por engaño y/o fraude por abuso de confianza. Se trata de una figura versátil en que el contrato simulado afecta a terceros tanto directamente como engaño que incide perjudicialmente en el patrimonio ajeno, como cuando con él se abusa de la confianza depositada por la víctima en el autor.

Visto así, se encuentra plenamente justificada la tipificación del delito en la legislación positiva. Ello, en primer lugar, por la necesidad de diferenciarle del delito de estafa, con el cual comparte solo parcialmente su estructura, de modo que su omisión podría generar una laguna de impunidad que aquel delito no cubre, al menos si se asume consecuentemente su

definición doctrinaria²¹³. Y en segundo lugar, pues frente a la ausencia de una figura típica genérica de “administración desleal” en nuestra legislación, el contrato simulado al menos cubre tal hipótesis cuando se utiliza el recurso del contrato simulado para perjudicar el patrimonio administrado²¹⁴.

III. EL DELITO DE OTORGAMIENTO DE CONTRATO SIMULADO EN PERJUICIO DE OTRO EN EL DERECHO COMPARADO

El Código Penal de Perú trata restringidamente la simulación exclusivamente para los delitos documentales en el artículo 438 dentro del Título de Delitos contra la Fe Pública. Dicha disposición contempla una modalidad de “falsedad genérica”, sancionando al que “comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa”.

El Código Penal Federal de México sanciona en su artículo 387: “X. Al que simulare un contrato, un acto o escrito judicial, con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido”.

²¹³ Resulta inconveniente desde esta perspectiva la supresión del delito en el Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal, considerando que, abandonando el “abigarrado casuismo proveniente del Código español de 1848 se pasa, tal como hizo el derecho español el año 1983, a un concepto general de estafa (como engaño que provoca disposición patrimonial perjudicial) que se corresponde fundamentalmente con el concepto que tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia repiten al menos desde la década de 1960 y a lo que parece ser la comprensión más o menos universal del delito en el derecho comparado” (Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”. Polít. crim. nº 1, D3, pp. 1-269. p. 224). No obstante, la segunda modalidad del contrato simulado, como abuso de confianza, quedaría cubierto con la propuesta de tipificación de la administración fraudulenta en el artículo 161: “El que (con ánimo de lucro y) con abuso de sus facultades generales o específicas de administración perjudique a otro disponiendo de su patrimonio”.

²¹⁴ Así lo sostiene para Argentina CREUS, Carlos. op. cit., p. 489

En los mismos términos que el original español, así como en el chileno, el delito figura en los Códigos Penales de Guatemala (264 N° 12), así como en los de Argentina (173 N° 6) y Costa Rica (218), con el agregado de “falsos recibos” en estos dos últimos casos.

En el Código Penal de España el delito se ha conservado en sus distintas versiones desde su versión de 1848. Actualmente se encuentra en el artículo 251 N° 3: “El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”, con pena de prisión de uno a cuatro años.

IV. EL BIEN JURIDICO

Aunque no siempre es un criterio absolutamente fiable, la ubicación sistemática del delito del artículo 471 N° 2 en el Código Penal da luces importantes a la hora de definir el bien jurídico que se protege a través de él.

El delito se encuentra inserto en el Título IX del Libro Segundo: Crímenes y Simple Delitos contra la Propiedad, mas no es propiamente la “propiedad” en su sentido estricto lo que se vulnera, en el sentido de una vinculación material entre el sujeto pasivo y una determinada cosa o derecho, sino que el valor del patrimonio en su globalidad.

En efecto, el delito tanto se comete cuando da lugar a una pérdida material de un determinado objeto o derecho, como cuando el mandatario haciendo mal uso de su facultades vende y transfiere simuladamente un bien a un tercero, como cuando meramente se grava simuladamente un bien o se le carga con un gravamen que le resta valor, como cuando se contrata un arriendo simulado para evitar la entrega material del bien. En estos últimos casos, el titular del bien no pierde la propiedad ni la posesión, ya que el bien gravado o arrendado seguirán siendo de su dominio e incluso se conserva su posesión en poder del afectado, pero el valor de estos y con ello su

patrimonio se empobrecen producto de las conductas simuladas perjudiciales.

De modo que al igual como ocurre en los demás delitos de defraudación, el bien jurídico protegido en este delito es el patrimonio como universalidad²¹⁵.

La definición de este bien jurídico no solo arranca de la ubicación del delito, sino también de la exigencia explícita de la causación de un perjuicio para su consumación²¹⁶.

Excepcionalmente encontramos la afirmación en un fallo nacional de que lo que se menoscaba con este delito es la “fe pública”²¹⁷. Próximo a dicha opinión CAMARGO²¹⁸ postula que el bien jurídico en este caso es la “fe en la contratación en general”, mas los argumentos con que apoya su afirmación -“la mayor o menor solemnidad que requiera el contrato, es indiferente a los efectos de la posibilidad de producción del delito que estudiamos”- y los autores en que se apoya –Savigny y Dernburg- demuestran que está pensando en la simulación como institución contractual civil y no en la figura típica penal. Si la “fe en la contratación” fuese el bien jurídico en este delito, también lo sería y con mayor razón aún en la estafa y resultaría irrelevante o superficial en su descripción la exigencia de perjuicio.

RIVACOBAS²¹⁹ halla insatisfactorio el concepto de patrimonio como bien jurídico para este delito, no en cuanto a su pertinencia, sino en cuanto a su amplitud ya que el patrimonio “se presenta siempre como un conjunto o totalidad, mientras que los delitos que nos ocupan no lo atacan nunca como

²¹⁵ POLITOFF, MATUS & RAMÍREZ. op. cit., pp. 414 y 462

²¹⁶ RIVACOBAS, Manuel. op. cit., p. 40

²¹⁷ “Se ha invocado una simulación con ánimo doloso orientado directamente a defraudar, mediante la alteración de la verdad, debiendo vincularse la falsificación con el dolo del autor, en cuanto busca el perjuicio y el enriquecimiento, menoscabando la fe pública” (Corte de Apelaciones de Antofagasta, 5 de mayo de 2009, Rol N° 78-2009)

²¹⁸ CAMARGO, César. op. cit. p. 238

²¹⁹ RIVACOBAS, Manuel. op. cit., p. 17

tal conjunto o totalidad, sino sólo en algunos de los elementos que lo componen, pudiendo muy bien de estos ataques derivar algún incremento o beneficio de aquél”. Por ello, prefiere hablar de “derechos patrimoniales” como objeto de protección, de modo que lesionará el bien jurídico en este delito “todo acto que menoscabe en concreto la disponibilidad, por parte de su titular, de *un* derecho subjetivo o *una* situación de hecho que goce de algún reconocimiento jurídico, siempre que sean valorables pecuniariamente”²²⁰.

Sin lugar a dudas que las precisiones de este autor contribuyen a delinear los contornos específicos de la figura en estudio, pero no convence prescindir del “patrimonio” como bien jurídico protegido solo porque en ocasiones la simulación puede conducir a incrementos patrimoniales. La confusión es parecida a la de CAMARGO, en cuanto parece referirse al concepto general de simulación y no a la figura penal de “simulación en perjuicio de otro”, donde solo son relevantes las conductas que perjudiquen el patrimonio, esto es, las que lo menoscaben. Si la simulación beneficia el patrimonio, enriqueciendo a su titular, entonces la conducta no es típica y ningún bien jurídico ameritaría su contemplación como figura penal.

Respecto del concepto de patrimonio como bien jurídico protegido en este delito, tentador resultaría para este tesista –ávido como cualquier otro de *ganar* páginas- de extendernos a continuación sobre las distintas concepciones sobre el patrimonio: la económica, la jurídica y la mixta. Mas, presentándose a su respecto las mismas consecuencias que para el delito de estafa, prescindiremos de su tratamiento específico, remitiéndonos a la literatura existente sobre el particular²²¹.

²²⁰ Adhieren a esta idea POLITOFF, MATUS & RAMÍREZ. op. cit., p. 462

²²¹ Por todos SCHLACK, Andrés. El Concepto de Patrimonio y su Contenido en el Delito de Estafa. Revista Chilena de Derecho, 35(2): 261-292; BALMACEDA, Gustavo y FERDINAND, Michael. Análisis Dogmático del Concepto de “Perjuicio” en el Delito de Estafa (Especial referencia al concepto de “perjuicio en forma de peligro”). Revista de Estudios de la Justicia N° 7 (2006): pp. 185 – 217: y especialmente ASUA, Adela. El Daño Patrimonial en la Estafa de Prestaciones Unilaterales

Excepcionalmente volveremos sobre este tema a propósito de la discusión relativa a si el perjuicio “potencial” o “en forma de peligro” es suficiente para dar cuenta del delito, cuestión esencial para delimitar el delito del artículo 471 N° 2 de los contratos simulados en perjuicio de acreedores.

V. DOGMÁTICA DEL DELITO

A. TIPICIDAD OBJETIVA

1. El sujeto activo

Dado el inicio de la redacción del delito del artículo 471 N° 2 –“el que”- y su propia estructura, resulta indiferente la calidad que ostente quien desarrolla la conducta para configurarlo. Se trata de esta forma de un delito común. Ello deja fuera cualquier discusión relativa a problemas de comunicabilidad como antes vimos para el delito del artículo 466, solo susceptible de ser cometido por el “deudor no comerciante”.

De todos modos, aun si el sujeto activo ostentase la calidad de “deudor no comerciante” la tipicidad de la conducta no se trasladaría necesariamente a aquella del artículo 466, salvo que concurren específicamente las condiciones típicas de esta última disposición, especialmente que con la conducta el deudor no comerciante se pretenda perjudicar a los acreedores cayendo en insolvencia. De esta forma, si un deudor no comerciante perjudica efectivamente a un tercero, sea o no su acreedor, mermando su patrimonio de una forma que antes del contrato

(subvenciones, donaciones, gratificaciones) La Teoría de la Frustración del Fin. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. (XLVI): 81-166, 1993

simulado no lo estaba, comete el delito del 471 N° 2 y no aquel del artículo 466.

Algo análogo ocurre con el deudor comerciante, quien comete este delito si al simular un contrato perjudica efectivamente a un tercero. Si el pretendido perjuicio consiste en el menoscabo del derecho de prenda general que asiste al acreedor sobre los bienes del deudor comerciante, la conducta será típica solo en el contexto de su quiebra, vía el delito del artículo 220 N° 3 del Libro IV del Código de Comercio y no por esta figura. Nos extenderemos sobre este punto más adelante a propósito del tema del perjuicio, pero anticipemos que el delito del 471 N° 2 castiga solo cuando el perjuicio se presenta en forma efectiva, lo que no ocurre con las meras dificultades de cobro que se ponen al acreedor del deudor comerciante.

De lo que no cabe duda alguna es que el tipo no exige en parte alguna que el sujeto activo tenga la calidad de “deudor” del ofendido. Es por ello que se sentenció equivocadamente el caso en que la querellada enajenó simuladamente sus bienes a terceros en momentos en que el padre de sus hijos demandaba la rebaja de la pensión alimenticia impuesta, maniobra realizada con el propósito de frustrar dicha acción que pretendía seguramente que ambos progenitores contribuyesen al sustento de los alimentarios. Se resolvió que “no se percibe ilicitud, penal, al menos; ya que, como se dice antes, el querellante no era acreedor de la querellada y consecuentemente ésta no tenía respecto de aquél la calidad de deudora y por la cual se hubiera visto obligada a mantener incólume su patrimonio, so pena de ser denunciada como autora del delito contemplado en el artículo 471 número 2 del Código Penal”²²².

²²² Corte de Apelaciones de Coyhaique, 30 de octubre de 2006, Rol N° 97-2006. Esta sentencia es doblemente errónea pues, además de la exigencia típica indebida que efectúa (sujeto pasivo deudor), la correcta calificación de la conducta era la de estafa, ya que lo que se pretendía era engañar al juez que debía conocer de la demanda de rebaja de alimentos para que dispusiera patrimonialmente en contra del demandante, negándole la posibilidad de incrementar su patrimonio. Se trataba claramente de un supuesto de “estafa procesal”

a) Autoría y participación

Los otorgantes del contrato simulado han de considerarse coautores del delito pues toman parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, como se prevé en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

No se presentan peculiaridades específicas en este delito, distintas de aquellas tratadas en el delito del artículo 466, sobre todo en cuanto no existen sujetos activos calificados, lo que desde este punto de vista vuelve este delito uno “común” y no especial como aquél. Se trata, como antes se vio, de un delito de “participación necesaria” en la modalidad de “convergencia”.

2. El Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo del delito puede ser cualquier persona, con tal que sea el titular del patrimonio que se ve afectado con la celebración del contrato simulado.

En este delito, ya que el perjuicio se deriva directa e inmediatamente de la celebración del contrato simulado, coinciden las calidades de sujeto pasivo de la acción con la de sujeto pasivo del delito, ya que la acción típica recae directamente en quien resulta perjudicado en definitiva por la conducta.

La única limitación relativa al sujeto pasivo del delito tiene que ver con que no puede tratarse del co-otorgante del contrato simulado, esto es, quien concurrió al otorgamiento del contrato simulado no puede predicarse sujeto pasivo del delito. Las calidades de coautor y víctima se repelen volviendo atípica la simulación de contrato que perjudica a uno de los otorgantes. De este modo si una persona se colude con un tercero para transferirle simuladamente sus bienes y luego aquel se niega a devolvérselos, la conducta no es típica, al menos a través del delito del

artículo 471 N° 2. Esta disposición castiga a quien otorgue un contrato simulado en perjuicio de “otro”, que no puede ser, gramaticalmente hablando, sino alguien distinto de quien otorga el contrato simulado. Con más precisión, *distinto de quienes otorgan* el contrato simulado, delito de participación necesaria.

Así se ha resuelto por nuestros Tribunales: “la sola lectura de la norma y el análisis de los elementos del tipo penal, nos permite sostener que en la especie, este delito no se ha podido cometer por doña Eliana Morales Troncoso en perjuicio de doña María Cristina Medhi Reyes, toda vez que ambas fueron las que celebraron dichos contratos con el propósito de evitar que actuales o potenciales acreedores de la querellante pudieran hacer efectivos sus créditos en el inmueble de propiedad de esta última, por lo que el eventual perjuicio -que tampoco se ha acreditado- se pudo solo haber irrogado a esos terceros, que además tenían la calidad de terceros acreedores. No puede alegar perjuicio la querellante, porque ella no tiene la calidad de tercero en los contratos celebrados, sino la de parte, de contratante, de coautora de la simulación”²²³.

Lo anterior es sin perjuicio de un eventual castigo a título de estafa si se diesen los requisitos de esta figura, especialmente si medió engaño por parte del autor al convencer a su co-contratante de que le devolvería los bienes antes transferidos simuladamente, sin que ello ocurriera. Aun así restaría discutir si el propósito ilícito del contrato simulado (por ej. aparentar insolvencia para perjudicar a los acreedores) quedaría cubierto penalmente a través de la estafa, situación inaceptable desde la perspectiva de la teoría jurídica del patrimonio.

3. El Objeto material. El contrato

²²³ Corte de Apelaciones de Temuco, 12 de octubre de 2004, Ingreso N° 194-2004

El objeto material del delito es también en este caso el “contrato simulado”, sin que se presenten temas relevantes de tratar, distintos de los vistos a propósito del delito del artículo 466.

4. Conducta típica

a) El otorgamiento

También corresponde en este caso remitirnos a lo antes señalado en el delito del artículo 466.

Solo resulta interesante anotar cómo GARRIDO, quien a propósito del delito del artículo 466 promovía su aplicación restringida a contratos “escriturados”²²⁴, en el caso del artículo 471 N° 2 sostiene aparentemente algo distinto sin dar mayores razones cuando expresa: “es suficiente que los contratantes lo extiendan y suscriban; se entenderá que así sucede cuando cumple con las formalidades inherentes a la naturaleza del pacto aparentemente celebrado, que en ciertos casos *podría ser consensual*”²²⁵.

De cualquier forma, ratificamos nuestra opinión anterior en el sentido que tanto se otorga el simulado cuando se escritura un contrato como cuando se le extiende verbalmente.

b) La simulación

Todo lo dicho para el núcleo de la figura típica en el artículo 466 es también aplicable al delito del artículo 471 N° 2, remitiéndonos íntegramente a lo antes expuesto sobre esta importantísima materia.

²²⁴ GARRIDO, Mario. op. cit., p. 296

²²⁵ *Ibíd*em, p. 385

Cabe solo agregar la existencia de jurisprudencia encontrada respecto de si es menester la declaración previa de la simulación del contrato en sede civil para proseguir con la persecución penal del delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro. El tema que se plantea es si dicha declaración por el tribunal civil constituye o no una “cuestión prejudicial civil” que ha de suspender el curso del proceso penal en tanto no se produzca dicho pronunciamiento, conforme lo dispuesto en los artículos 171 del Código Procesal Penal y 173 del Código Orgánico de Tribunales.

Se ha resuelto así que: “la efectividad de haberse otorgado o no el contrato a que se refiere la acusación particular, mediando simulación de quienes participaron en él, es un asunto que está pendiente de decisión ante otro Tribunal, y constituye una cuestión civil que debe ser resuelta en forma previa al proceso criminal, debiendo suspenderse este último conforme a lo previsto por el artículo 171 del Código Procesal Penal. Además y atendida la etapa procesal del último procedimiento aludido, procede que se decrete - como lo impetró la defensa- el sobreseimiento temporal por la causal de la letra a) del artículo 252 del Código citado”²²⁶. Asimismo que: “Teniendo presente que la resolución que se pueda adoptar en sede civil en relación con la presunta nulidad del contrato que se cuestiona como simulado, puede eventualmente influir en la decisión que debe adoptarse sobre la acción penal ejercida en esta causa y conforme a lo dispuesto en los artículos 173 del Código Orgánico de Tribunales en relación con los artículos 252 y 171 del Código Procesal Penal, se procederá a desestimar el recurso de apelación deducido en contra de la resolución que decretó el sobreseimiento temporal en esta causa”²²⁷.

En el sentido opuesto se ha fallado que: “la decisión sobre la pretensión del demandante civil de declarar nulo un contrato civil por

²²⁶ Corte de Apelaciones de San Miguel, 28 de abril de 2009, Rol N° 444-2009 (Ref)

²²⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 19 de junio de 2008, Rol N° 128-2008

simulación no constituye una cuestión previa de carácter civil que sea elemento constitutivo del delito de contrato simulado, porque cualquiera sea el contrato, nulo o no, desde el punto de vista civil, representa una manifestación de voluntad acordada en un momento determinado, de la cual si existe un acuerdo para simular y causar perjuicio con dolo, perfectamente puede constituirse el delito”²²⁸. Asimismo que: “es necesario tener presente que en fojas 157 esta Corte resolvió el dos de diciembre de dos mil cinco “que en el delito de celebración de contrato simulado no existe cuestión previa de carácter civil que resolver, pues la simulación integra el tipo penal respectivo y, en consecuencia, su establecimiento es de competencia, obviamente, del juez que conoce del proceso penal en que se investiga su existencia y la determinación de quienes intervinieron en su perpetración. (...) Que en consecuencia, no puede el juez a quo anticipar un pronunciamiento respecto de uno de los elementos del tipo penal que se pesquisa”²²⁹.

Sin perjuicio de tratarse el problema propuesto de una cuestión fundamentalmente de orden procesal, hacemos presente que concordamos con la segunda de las posiciones expuestas, en cuanto es resorte exclusivo e inexcusable del juez penal el pronunciarse sobre la concurrencia de los elementos del tipo para dar por acreditado el delito, uno de los cuales es en este caso el carácter simulado del contrato, que opera como el engaño perjudicial que funda la ilicitud de la conducta. En la adopción de esta decisión ha de operarse con los estándares del proceso penal, de modo que ha de adquirirse la convicción “más allá de toda duda razonable” de que el contrato es simulado, con independencia de la resolución que pueda provenir de la jurisdicción civil, la que adopta su decisión conforme lógicas y exigencias de garantías constitucionales de menor extensión.

²²⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 5 de mayo de 2009, Rol N° 78-2009. Nótese que, según se vio en la nota precedente, la misma Corte con una integración distinta había resuelto en el sentido opuesto pocos meses atrás

²²⁹ Corte de Apelaciones de Talca, 30 de enero de 2007, Rol N° 146-2006 (Criminal)

5. EL PERJUICIO

El delito del artículo 471 N° 2 se comete cuando el contrato simulado se otorga en perjuicio de otro. De este modo, el perjuicio adquiere un rol central, sobre todo considerando que, en términos generales, la simulación de contratos es lícita al insertarse dentro del ejercicio válido de la autonomía de la voluntad, reconociéndosele incluso efectos en materia contractual conforme lo dispuesto en el artículo 1707 del Código Civil.

No obstante, la simulación se vuelve ilícita civil y sobre todo penalmente cuando a través de ella y/o como consecuencia de ella se causan perjuicios patrimoniales a otros, acreedores o cualesquiera terceros. De este modo, en tanto la existencia del perjuicio es la que permite distinguir la simulación lícita de la ilícita, este elemento del delito cobra una importancia manifiesta, además de emparentar el delito con los demás formas de defraudación, haciéndole compartir características comunes, varias de las cuales tienen que ver con el bien jurídico protegido y otras precisamente con el contenido que se asigna al perjuicio como componente de la tipicidad objetiva.

Anticipemos que pese a que, en lo relativo al perjuicio, la redacción del 471 N° 2 es análoga a la utilizada en el artículo 466, ese mismo elemento ocupa un rol diferente y un alcance distinto en una y otra figura, lo que les hace notablemente distintas.

a) El rol del perjuicio

En primer lugar el perjuicio propio del delito del artículo 471 N° 2 ha de ser, del mismo modo que los demás delitos del párrafo 8 del Título IX, uno

efectivo y real. El perjuicio ha de traducirse en una efectiva pérdida de valor del patrimonio.

La doctrina al respecto es unánime. ETCHEBERRY²³⁰ sostiene que “este perjuicio debe consistir en la lesión de un derecho efectivamente existente, real o personal, de que es titular un tercero; en conjunto vale lo dicho tratándose de los elementos generales del fraude por engaño”. GARRIDO²³¹ señala que “mayoritariamente la doctrina estima que para que se consuma el delito, debe efectivamente causarse un perjuicio a terceros, como sucede con buena parte de los delitos reglados en el párrafo 8 del Título VIII en estudio. El perjuicio debe emanar precisamente de la celebración del contrato simulado y ha de ser de naturaleza económica, o sea afectar el patrimonio de la víctima”. POLITOFF *et al.* elevan incluso la exigencia de perjuicio a la categoría de condición objetiva de punibilidad en el delito²³². Participan también de la exigencia de perjuicio para el delito VALENZUELA²³³ y BERESTESKY²³⁴.

En el derecho comparado RODRIGUEZ DEVESA²³⁵ afirma que “el perjuicio debe enlazarse con el contrato simulado en una relación de causalidad”, lo mismo que CAMARGO²³⁶, quien agrega que el perjuicio ha de ser valorable en dinero²³⁷.

PACHECO²³⁸ sostiene que en ambos numerales del delito del entonces artículo 456 del Código de 1848, análogos a nuestro artículo 471

²³⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 443

²³¹ GARRIDO, Mario. op. cit., p. 386

²³² POLITOFF, MATUS & RAMÍREZ. op. cit., pp. 463; en el mismo sentido, Corte Suprema, 21 de diciembre de 2006, Rol N° 2325-2005, N° Legal Publishing: 35719 (considerando 6°)

²³³ VALENZUELA, Mario. op. cit., p. 36

²³⁴ BERESTESKY, Ángel. op. cit., p. 39, citando jurisprudencia nacional

²³⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, José. op. cit., p. 459

²³⁶ CAMARGO, César. op. cit., p. 239

²³⁷ Es menester aclarar que tanto RODRÍGUEZ DEVESA como CAMARGO arriban a tal conclusión apoyándose en el texto del antiguo artículo 532 N° 2 del Código Penal español, que determinaba el *quantum* de la multa aplicada al delito con base en el importe del perjuicio que se hubiere irrogado

²³⁸ PACHECO, Joaquín. op. cit., p. 371

(el dueño de cosa mueble que la sustrae de quien la tiene legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, y la celebración de contrato simulado en perjuicio de otro) “lo que domina aquí, y lo que veremos dominar en el artículo siguiente, es sobre todo la idea de perjuicio. (...) Si hay engaño, porque hay simulación, en el caso siguiente, lo capital en el mismo es el perjuicio que se irroga”.

Ya con el texto nuevo del Código español, cuyo artículo 251 N° 3 no considera pena de multa ni menos consideración por esa vía del perjuicio irrogado, BAJO²³⁹ reafirma que “el hecho se consuma no en el momento de perfeccionamiento del contrato simulado, sino en el momento en que se produce el perjuicio a consecuencia del acto de disposición patrimonial”. BUSTOS²⁴⁰ exige también para el delito “la producción de un perjuicio concreto y conocido”.

Muy excepcionalmente y aun con la penalidad antigua, asociada al perjuicio, COBOS²⁴¹ *et. al.* estimaban que la redacción del artículo 531 N° 2 permitía “considerar que se trata de un supuesto de consumación anticipada, de manera que basta con que el otorgamiento del contrato simulado vaya dirigido finalísticamente a producir el perjuicio a otra persona, sin que sea preciso que el perjuicio efectivamente se produzca”.

En Argentina SOLER²⁴² recuerda que “el delito se perfecciona, como en los demás casos, con la producción del perjuicio y no por el simple otorgamiento del contrato”.

DONNA²⁴³ por su parte sostiene que “el delito se consuma con el daño efectivo producido por el otorgamiento del contrato, en tanto éste sea

²³⁹ BAJO, Miguel. Los delitos de estafa en el Código Penal. op. cit., p. 164

²⁴⁰ BUSTOS, Juan. op. cit., p. 338

²⁴¹ COBOS, LÓPEZ & RODRÍGUEZ. op. cit., p. 293

²⁴² SOLER, Sebastián. op. cit., p. 412

²⁴³ DONNA, Edgardo. op.cit., p. 400

de carácter dispositivo, o del recibo. Si se trata de un contrato que solamente crea una obligación, el delito se consumará con su uso exitoso”.

De modo que no cabe duda, revisada la doctrina existente sobre el particular que, a diferencia del delito del artículo 466, aquel del artículo 471 N° 2 exige para su consumación la producción de un perjuicio efectivo, no bastando al efecto la pura finalidad perseguida por el autor, el puro interés en perjudicar, sino que es necesario que el perjuicio se produzca efectivamente. La sola celebración de un contrato simulado, con la virtualidad de producir perjuicio a otro, no constituye más que una forma imperfecta de ejecución del delito, una tentativa o un delito frustrado, pero nunca consumará mientras no se produzca efectivamente el perjuicio, lo que permite clasificarlo como un delito de resultado y de lesión. De esta forma el delito se alinea con los demás delitos del párrafo 8, los que en su inmensa mayoría exigen la producción efectiva de perjuicio para su consumación.

El alcance distinto que se da a la misma expresión “en perjuicio de otro” para los artículos 466 y 471 N° 2, allá como elemento subjetivo del tipo, acá como exigencia típica de resultado, es gramaticalmente posible según lo demuestra GÓMEZ LANZ²⁴⁴, quien efectúa una interpretación en clave objetiva de dicha frase en el delito del artículo 251 N° 3 del Código Penal español pese a que reconoce que “el significado de la locución prepositiva en este enunciado es, posiblemente, el más controvertido de los examinados en este trabajo”, sobre todo porque en su país, en ausencia de un delito análogo a nuestro artículo 466, se incardinan verdaderas figuras de alzamiento dentro del delito de contrato simulado, obligando en ciertos casos a asignar una lectura subjetiva a la expresión “en perjuicio”. No obstante, prima a su juicio la interpretación objetiva apoyada en los siguientes elementos:

“(i) es la propuesta más ajustada al contexto lingüístico de la locución,

²⁴⁴ GÓMEZ, Javier. op. cit., p. 491

(ii) algunas referencias prelegislativas -como la ya citada de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992- apuntan en este sentido,

(iii) creo que es más relevante la inserción del 251.3 en la Sección «de las estafas» que la posibilidad de que concurra con el 257 en la sanción de un grupo de casos posibles, y

(iv) la interpretación en clave volitiva de la locución en este último artículo sólo está claramente justificada (como se dirá) desde la incorporación en 1995 del artículo 257.1.2º, mientras que la incriminación de la conducta hoy descrita en el 251.3 se ha producido en los mismos términos (incluyendo 'en perjuicio de') desde 1848”²⁴⁵.

Esta interpretación objetiva redundaría en la exigencia de un perjuicio real para la consumación del delito.

Señalemos, finalmente, que el perjuicio típico en este delito, ha de vincularse causalmente con el contrato simulado, debiendo resultar objetivamente imputable o, como se ha dicho en un fallo nacional, el perjuicio “debe ser provocado por la simulación”²⁴⁶.

b) El perjuicio debe ser real y efectivo

Remitiéndonos a las citas doctrinales recién reproducidas, señalaremos a continuación que el perjuicio debe ser real y efectivo. Lo que queremos enfatizar con esta idea es que no basta un peligro potencial, un mero peligro de perjuicio patrimonial para consumir el delito.

²⁴⁵ *Ibíd.*, p. 304

²⁴⁶ Corte Suprema, 4 de abril de 1989, *Gaceta Jurídica* N° 106 (1989), p. 54

ROMERO²⁴⁷ rechaza la idea de que la mera exposición a peligro del patrimonio pueda constituir un daño patrimonial configurativo de estafa, en la medida que este es un delito de *daño efectivo* y no de *peligro de daño*. Delitos de daño son aquellos que tienen por resultado directo un perjuicio concreto, es decir, citando a OTTO, “aquellos en los que la exteriorización de voluntad que los constituyen –acción u omisión- produce una modificación del mundo exterior que destruye o disminuye un bien, sacrifica o restringe un interés, inmediata y directamente tutelado por el Derecho penal”, y daño que, citando esta vez a URE, es “la modificación del mundo exterior que produce la pérdida o disminución de un bien o un interés humano”.

Analizando la conveniencia de introducir delitos meramente de peligro contra el patrimonio a través de la tipificación de la “letra de cambio vacía”, concuerda esta autora con TORIO en que los delitos de peligro solo se justifican para bienes jurídicos absolutos o primarios, como la vida o la integridad corporal, no así en el patrimonio, que además de ser de menor valor que aquellos, su titularidad ni siquiera corresponde a cualquier persona. Las extremas razones político-criminales con que se justifican estas anticipaciones punitivas no se darían tratándose del patrimonio.

En nuestro país BALMACEDA & FERDINAND²⁴⁸ afirman que el perjuicio efectivo “técnicamente es el perjuicio final, real y determinable en forma exacta por medio de un cálculo, que se produce, por ejemplo, en el caso de enajenación de un bien. (...) La diferencia consiste en que el perjuicio efectivo dice relación con una “pérdida de sustancia” y el perjuicio en forma de peligro con una “*mayor dificultad en la defensa o en el uso de elementos individuales del patrimonio*”.

Junto con recordar que la inmensa mayoría de la jurisprudencia y doctrina hispanoamericana exigen un perjuicio efectivo, dan incluso un

²⁴⁷ ROMERO, Gladys. op. cit., p. 278

²⁴⁸ BALMACEDA, Gustavo y FERDINAND, Michael. op. cit., p. 193

alcance más extenso a dicho concepto pues creen que específicamente en aquellos delitos que tengan como bien jurídico protegido el patrimonio, *el mero perjuicio en forma de peligro puede delimitarse en el entorno de los delitos de lesión*, aunque con límites normativos rigurosos derivados del carácter de *ultima ratio* del derecho penal, del principio de lesividad, del principio de legalidad y de consideraciones político-criminales.

Estos límites expresan la necesidad de que “la puesta en peligro haya puesto en marcha un curso causal irreversible dirigido a una pérdida patrimonial duradera”, de modo que “hay un perjuicio en forma de peligro siempre y cuando, por un lado, la víctima prácticamente se vea privada de su posición patrimonial y, por otra parte, cuando el autor tenga ya la posibilidad de realizar la ventaja en cuestión sin un obstáculo importante”²⁴⁹.

b.1) Los contratos simulados en perjuicio de acreedores comerciantes

Traemos a colación esta discusión a propósito de la posibilidad de incardinar dentro del delito del artículo 471 N° 2 el supuesto fáctico en que el deudor, cualquiera sea su calidad, sustrae simuladamente bienes de su patrimonio con miras a dificultar la actual o eventual ejecución pretendida por sus acreedores sobre sus bienes.

El supuesto abarca aquellos casos en que la entidad de la filtración patrimonial no es de una envergadura tal que provoque la insolvencia del deudor, pues en tal caso, tratándose del deudor no comerciante, debe darse directa aplicación al delito del artículo 466 inc. final, y en el caso del deudor fallido calificado, al delito de quiebra culpable del artículo 220 N° 3 del Libro

²⁴⁹ *Ibíd*em, pp. 206 - 207

IV del Código de Comercio. Se trata entonces del caso en que un deudor, enterado de la existencia de deudas actuales o inminentes, se desprende simuladamente de sus bienes para impedir que estos queden afectos a la ejecución ya promovida o próxima a ser promovida por sus acreedores. Lo que ha de inquirirse en tales casos es si tales contratos simulados generan el perjuicio que se exige en el delito del 471 N° 2 y si amerita entonces el castigo por dicha disposición, o bien por otra, o en fin si la conducta es atípica.

La jurisprudencia nacional ha estimado reiteradamente que en tales casos se configura el delito en estudio. Sin entrar a analizar la concurrencia del perjuicio en tales casos, se opera sobre la lógica de que el propósito de sustraer bienes a la ejecución de los acreedores es presupuesto suficiente para dar por configurados los requisitos del delito.

Es así que se ha resuelto la procedencia de este delito en los siguientes casos:

– El perjuicio, elemento del tipo de esta figura penal, es el efecto que emana precisamente del contrato mendaz mismo y que en el presente caso se produjo, ya que dicho contrato *frustró el ejercicio del derecho de prenda general que tenía la acreedora querellante para lograr el cumplimiento de la sentencia que condenaba a la empleadora a satisfacer una prestación laboral adeudada por esta*²⁵⁰.

– Un tercero, con la concurrencia de dos personas más, cooperando entre sí, formaron una sociedad comercial denominada "Inmobiliaria e Inversiones Libardón S.A., *con la sola intención y finalidad de hacer salir bienes del patrimonio de aquél tercero, a fin de perjudicar a su acreedor Héctor Reyes Letelier*, quien tenía, a esa fecha desde hace dos meses de antelación, un crédito por sentencia definitiva, que causaba

²⁵⁰ Corte Suprema, 9 de julio de 2003, Rol N° N° 657-02

ejecutoria, por la suma de \$ 14.606.430, constatando que la mencionada sociedad no registró en el futuro inmediato actividad comercial alguna, constituyéndose la sociedad con el único fin de sacar bienes del patrimonio del deudor, perjudicándole. (...) Que en consecuencia, se ha acreditado que Arturo García Henríquez actuó de una manera directa e inmediata en la simulación de contrato en perjuicio del querellante; ya que simuló formar una sociedad con su mujer y su hijo, con el único objetivo de burlar los derechos de aquél, sacando bienes de su patrimonio para ingresarlo a esa sociedad²⁵¹.

– *A objeto de evitar las pérdidas de sus bienes*, la sociedad deudora ejecutó una serie de actos constituyendo y fusionándose con otras sociedades, disolviendo las creadas y traspasando sus activos y pasivos a sociedades extranjeras sin agencias, oficinas o domicilios en Chile, pero conservando las mismas personas naturales, socios o miembros de las empresas fusionadas y disueltas, los inmuebles entregados en garantía de los créditos otorgados por la entidad bancaria señalada y explotándose bajo el mismo giro comercial que desarrollaba la primitiva sociedad Artesanías Coñaripe Ltda., lo que configura el delito de contrato simulado previsto y sancionado en el artículo 471 N° 2 del Código Penal²⁵².

– Los sentenciados, en su calidad de representantes legales y miembros del directorio de las empresas Confecciones Sita S.A. y Comercial y Distribuidora Sita S.A., celebraron contratos de compraventa fictos *cuyo único objetivo era sustraer determinados bienes de una medida precautoria de retención de bienes* ordenada en el juicio laboral seguido ante el Tercer Juzgado de Letras del Trabajo, Rol N° 16.919-89, entre el querellante Miguel Angel Carbone Martí, como demandante, y la empresa Confecciones Sita S.A., como demandada²⁵³.

²⁵¹ Corte de Apelaciones de Talca, 18 de mayo de 2009, Rol N° 158-2008 Crimen

²⁵² Corte de Apelaciones de Temuco, 19 de agosto de 2008, Rol N° 32-2008 CRIM

²⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de noviembre de 2007, Rol N° 24.936-2004

Se asume de esta forma en estas sentencias que es perjuicio típico en el delito la afectación del derecho de prenda general de los acreedores como consecuencia de la enajenación simulada de sus bienes que efectúa el deudor.

Discrepamos de esta solución. De forma alguna puede entenderse que existe perjuicio en un caso así; el perjuicio en el párrafo 8 del Título IX ha de ser real y efectivo y en este caso no lo es, o al menos si hay perjuicio no se deriva del contrato simulado. Si aceptásemos que es típico el perjuicio en forma de peligro, tampoco el supuesto en comento alcanzaría tal entidad.

Desde ya apuntemos que no existe perjuicio real y efectivo, entendido según antes se dijo como la pérdida o disminución de un bien, una pérdida de sustancia. El acreedor ha hecho la disposición patrimonial correlativa a la que correspondería al deudor con anterioridad al contrato simulado si se tratase de un contrato bilateral, o bien la obligación ha nacido con anterioridad a la celebración de dicho contrato. El contrato simulado en este caso no provoca transferencia alguna de bienes ni pérdida de derechos, la acreencia sigue vigente y puede hacerse exigible sobre otros bienes del deudor. El acreedor en este caso no pierde bien alguno, nada sale de su patrimonio; muy por el contrario, si existe un patrimonio que pierde contenido es el del contratante simulado aunque en forma aparente.

En tal sentido, acierta la sentencia que expresa que: “aun en el caso de que el contrato celebrado hubiera sido simulado, de suerte que la renta de arrendamiento del inmueble dejaría de ser una fuente de ingreso para los alimentarios, no puede llegarse al punto de que se sostenga que la referida venta había causado un perjuicio a dichos alimentarios, toda vez que, si es que el vendedor del inmueble tenía y tiene una obligación de dar alimentos a las personas indicadas, dicha obligación no se ha extinguido, bajo respecto alguno, por la circunstancia de que se haya vendido el inmueble cuya renta de arrendamiento se había asignado para solventar la pensión

alimenticia.(...) Con todo, como se ha expuesto, si la simulación no causó un perjuicio efectivo a terceros, desde el momento en que el vendedor del inmueble continuó obligado a pagar la pensión de alimentos no obstante haber vendido el inmueble, no se produjo, con la simulación, el perjuicio que es exigido como requisito esencial por el artículo 471 N°2 del Código Penal²⁵⁴.

Cuestión distinta es la probabilidad de éxito que en adelante tendrá el acreedor cuando el deudor se ha deshecho simuladamente de sus bienes. Al respecto las opciones que pueden presentarse son dos:

1.- El deudor, pese a transferir simuladamente algunos de sus bienes, conserva otros en cantidad suficiente para atender la totalidad de sus obligaciones, tanto los actuales para las exigibles, como futuros para las deudas ya contraídas pero que vencerán más adelante. En este caso, el contrato simulado no produce perjuicio alguno, ni efectivo ni en forma de peligro. No se da ni siquiera este último por cuanto no estamos en presencia de un “curso causal irreversible dirigido a una pérdida patrimonial duradera”, encontrándose por ahora el autor impedido de realizar la ventaja patrimonial en tanto aún pueden ejecutársele otros bienes.

Sin lugar a dudas con el contrato simulado se entorpece o quizás se hace más difícil la ejecución, en tanto el acreedor se verá obligado a buscar otros bienes, pero salvo las exigencias de la buena fe contractual, el deudor no está obligado a cooperar con la ejecución de sus propios bienes. Sin ir más lejos, no es de su cargo señalar los bienes en los que recaerá el embargo, ya que si no lo hace, tal precisión correrá de cuenta del acreedor, sin perjuicio que la propia ley establece subsidiariamente el orden que el

²⁵⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 8 de julio de 2008, Rol IC N° 536-2008. Restó con todo en este caso haber abordado la posible concurrencia del delito del artículo 466 en el evento que la venta simulada del inmueble hubiese provocado la insolvencia del alimentante, hipótesis asumida por el artículo 5° del DFL N° 1, de 2000, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 14.908

receptor debe guardar en relación con los bienes que han de embargarse (artículos 447 y siguientes del Código de Procedimiento Civil).

BASCUÑÁN²⁵⁵ sostiene acertadamente que “el sistema de protección penal del patrimonio del acreedor demuestra que la mera obstaculización del ejercicio del derecho de prenda general no es merecedora de pena”. Aunque dicha afirmación debe albergar ciertas excepciones a las cuales nos referiremos en el párrafo siguiente, se puede afirmar que lo que se protege a través de los delitos del párrafo 8 es efectivamente el patrimonio y no la ejecución expedita de las obligaciones. Es por ello que no existe norma alguna que obligue al deudor a colaborar con la ejecución, de lo que se deriva que si este, luego de enajenar simuladamente parte de sus bienes, conserva otros en cantidad suficiente para atender sus obligaciones, entonces dicha contratación simulada no es típica.

Muy excepcionalmente se castiga penalmente al deudor que subtrae los bienes embargados que forman parte del simple menaje de su casa habitación (artículo 444 inc. final del Código de Procedimiento Civil, castigado coincidentemente con la misma sanción del artículo 471) y al dueño de la cosa embargada, o a cualquier otro que, teniendo noticia del embargo, hubiere destruido fraudulentamente los objetos en que se ha hecho la traba (artículo 469 N° 6 del Código Penal). En estos delitos no puede desconocerse que lo que se protege es el patrimonio del ejecutante, aunque no necesariamente este es afectado de forma real y efectiva, ya que el ejecutante conserva la posibilidad de continuar con la ejecución de otros bienes del ejecutado. Pero el injusto parece extenderse más bien en estos casos a la afectación del bien jurídico “correcta administración de justicia”, puesta en entredicho por la desobediencia y desconocimiento de los embargos ordenados por el juez, lo que es especialmente patente en el delito

²⁵⁵ BASCUÑÁN, Antonio. op. cit., p. 342

del artículo 444 del Código de Procedimiento Civil que omite hacer referencia alguna al perjuicio para su configuración.

Fuera de estos casos, esto es, salvo la sustracción del menaje embargado y la destrucción fraudulenta de la cosa embargada, cualesquiera otras maniobras que desarrolle el deudor durante la ejecución, y con mayor razón antes de esta, no serán típicas en la medida que se conserven bienes suficientes para responder de las deudas. Ello, incluso en el caso en que el deudor otorgue contratos simulados sobre sus bienes. Resultaría absurdo que el deudor resulte impune si enajena fraudulentamente sus bienes sin caer en insolvencia (salvo el supuesto del artículo 444 del C.P.C. y la destrucción de lo embargado), mientras que sería típica su conducta de enajenación maliciosa de bienes por el solo hecho de otorgarse contratos simulados si ni siquiera ello conlleva su insolvencia.

2.- El deudor transfiere simuladamente sus bienes y no conserva otro alguno o no los suficientes para hacer frente a sus obligaciones. En este caso el deudor cae técnicamente en insolvencia, castigándose su conducta bajo los supuestos penales de dicha institución:

a) Tratándose del deudor no comerciante regirán los delitos del artículo 466, sea que se trate de enajenaciones fraudulentas, esto es, alzamientos, ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de los bienes (inciso 1°) o contratos simulados (inciso 2°)²⁵⁶.

b) Tratándose del deudor comerciante, el único estatuto penal aplicable a su insolvencia es el de la quiebra, castigándose sus contratos simulados como quiebra fraudulenta conforme el artículo 220 N° 3 del Libro IV del Código de Comercio.

²⁵⁶ Salvo que se trate de un deudor calificado conforme el artículo 41 o uno cualquiera declarado en quiebra por la causal del N° 3 del artículo 43 del Libro IV del Código de Comercio, y sean efectivamente declarados en quiebra, en cuyo caso serán juzgados penalmente conforme la normativa de la quiebra

De modo que encontrándose en insolvencia el deudor comerciante como consecuencia del contrato simulado, no será posible dar aplicación al delito del artículo 471 N° 2 pues si bien puede considerarse la insolvencia una forma de perjuicio (de hecho el artículo 466 lo estima así), dicha especial forma de perjuicio se castiga en forma especial por la legislación penal y comercial, por lo que tal especialidad excluye el resultado general de perjuicio que se castiga a través del 471 N° 2. Y si bien ello no despierta mayores dudas en el caso del deudor no comerciante conforme lo dispuesto en el artículo 466, lo mismo ha de concluirse para el deudor comerciante, cuya situación de insolvencia solo se castiga en el contexto del régimen concursal y penal que le corresponde como profesional, esto es, en la quiebra.

De esta forma, el deudor comerciante que enajena simuladamente sus bienes no comete delito alguno si conserva bienes suficientes para responder de sus deudas, salvo las situaciones excepcionales de la substracción del menaje y de la destrucción fraudulenta de la cosa embargada. Y si no conserva el importe suficiente de bienes para el propósito antedicho, colocándose por ende en insolvencia, responderá penalmente en la medida que concurra la condición de procesabilidad (u objetiva de punibilidad, como se le mire) de haber sido declarado en quiebra. El perjuicio derivado de su insolvencia no puede ser castigado al alero del artículo 471 N° 2 pues en este solo tienen cabida los perjuicios reales y efectivos, no los derivados de la insolvencia, que tienen tratamiento especial en el contexto profesional de la quiebra.

Es cierto que todavía podríamos identificar la insolvencia del deudor comerciante como un “perjuicio en forma de peligro”, un “peligro potencial” para el patrimonio del acreedor, que según lo expresan BALMACEDA & FERDINAND deben asimilarse al perjuicio real y efectivo. Incluso a diferencia del simulado sin insolvencia, el derrotero lleva aquí casi

inevitablemente al perjuicio efectivo y el deudor puede contar con ello sin mayores esfuerzos. Pero tal hipótesis no puede perder de vista que la legislación ha previsto un tratamiento especial para la insolvencia del deudor comerciante, constituido por el estatuto comercial y penal de la quiebra, el que considera el injusto derivado del peligro que se cierne sobre el patrimonio de los acreedores con las enajenaciones fraudulentas y con los contratos simulados, incluso desde el momento en que el deudor, sin constituirse aún necesariamente en insolvencia, cae meramente en cesación de pagos. Fuera de la quiebra, la conducta es atípica.

b.2) Contratos simulados en perjuicio de los futuros herederos

Una situación especial a propósito del perjuicio se produce cuando los contratos simulados se otorgan en aparente perjuicio de los futuros herederos. Por esta vía, el titular de un patrimonio se desprende de sus bienes para alterar las reglas de la futura sucesión que se producirá con su muerte, vendiendo simuladamente todos o buena parte de sus bienes a algunos de sus posibles herederos futuros, disminuyendo de esta forma el haber hereditario a repartir con los demás, o simplemente vendiendo simuladamente sus bienes a un tercero que carecería de todo tipo de derechos si se abriese la sucesión intestada o que no podrá ser beneficiado más que con la cuarta de mejoras si se otorga testamento. El objetivo en estos casos es burlar anticipadamente las reglas sucesorias a través del otorgamiento de contratos simulados en que comparecerán tanto el futuro causante, como un tercero beneficiado y coludido con él en el contrato.

Pese a que intuimos que situaciones como esta son de ocurrencia frecuente, no hemos encontrado jurisprudencia sobre el particular. En la doctrina nacional excepcionalmente BERESTESKY efectúa un detenido

análisis sobre el particular para concluir acertadamente la inexistencia del delito del artículo 471 N° 2 por no revestir los supuestos perjudicados la calidad de “otro” y por la inexistencia misma del perjuicio²⁵⁷.

En efecto, ya hemos manifestado a propósito del sujeto pasivo que este puede ser cualquier perjudicado con el ilícito, salvo que se trate de uno de los propios otorgantes del contrato simulado. En tal caso no puede hablarse de que se perjudicó a “otro”, ya que gramaticalmente es tal alguien distinto de los coautores del delito, esto es, de los otorgantes del contrato simulado.

En el caso en comento, uno de los otorgantes del contrato simulado es el futuro causante de los mismos derechos hereditarios que serán burlados en razón de las enajenaciones simuladas, de modo que él mismo no puede ser considerado un “otro”.

Este concepto de “otro” no dice relación necesariamente con la idea de una “persona” físicamente distinta, como en el homicidio, sino que con el lugar donde se radica el perjuicio, con el patrimonio destino del perjuicio (“perjuicio de otro”). Es por ello que también es punible la conducta de quien contrata simuladamente consigo mismo, ora comprometiendo su patrimonio propio o uno ajeno, ora comprometiendo un patrimonio ajeno distinto de los anteriores. Se colige de esto que en este delito el “mismo” (físicamente hablando) puede ser “otro” (cuando autocontrata) y el “otro” (físicamente hablando también) puede ser el “mismo” (cuando le sucede a título universal como en la sucesión por causa de muerte). De este modo, el “otro” es el distinto del otorgante en quien recae el perjuicio; lo esencial es el patrimonio y no la persona física que soporta el perjuicio.

²⁵⁷ BERESTESKY, Ángel. op. cit., p. 63

Así las cosas, cabe verificar si los herederos y legatarios tienen la calidad de perjudicados para efectos del delito y si más allá de ellos existirían otros perjudicados, pues si no los hubiere, no habría delito.

Los herederos, conforme lo dispuesto en el artículo 1097 del Código Civil representan a la persona del causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, considerándoseles como los continuadores de la persona del difunto. Por tal razón “en los contratos se dice que el que contrata para sí, lo hace también para sus herederos. En un contrato, los herederos del contratante no son terceros extraños al acto mismo, sino que, jurídicamente hablando, son parte de él, ya que suceden a quien lo celebró”²⁵⁸. De este modo, no puede concluirse que el heredero que alega perjuicio por el contrato simulado celebrado por su causante es ajeno a dicho acto jurídico; muy por el contrario, una vez que adquiere dicha calidad debe entenderse que ocupa su mismo lugar. De lo que podemos concluir también que si el causante no era “otro” para los efectos del artículo 471 N° 2, tampoco puede atribuirse tal calidad a sus herederos.

Pero más allá de lo anterior, cabe cuestionar incluso la existencia misma del perjuicio que supuestamente se causaría en este caso a los futuros herederos. Y esto por cuanto ya se señaló que el perjuicio punible en este delito ha de ser consecuencia directa de la celebración del contrato simulado, lo que no ocurre en la situación en estudio pues al tiempo de celebrarlo los futuros herederos no cuentan más que una mera expectativa de suceder en algún momento indeterminado al causante en sus bienes. De esta forma su patrimonio no se ve menoscabado por el contrato simulado pues a esa fecha nada hay que puedan perder pues nada tienen. Por el contrario, el causante conserva en todo momento la libre administración de sus bienes y puede disponer de ellos de la forma que le parezca, incluso celebrando contratos simulados, con la limitación en cuanto a estos de que

²⁵⁸ SOMARRIVA, Manuel. Derecho Sucesorio. 4ª. Edición, versión de René Abeliuk. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998. p. 14

no puede insolventarse perjudicando a sus acreedores, ni perjudicando de forma real y efectiva a terceros.

De esta forma, inmediatamente celebrado el contrato simulado la ausencia de perjuicio impide apreciar la concurrencia de delito alguno. Una vez abierta la sucesión los herederos podrán intentar acciones civiles de simulación, pero de forma alguna acciones penales respecto de un delito que nunca se cometió, conclusión que por cierto alcanza al co-contratante sobreviviente.

B. Tipicidad Subjetiva

Al igual que en el caso del artículo 466, en la medida que la simulación contractual evidencia un propósito deliberado de falsear la realidad y provocar con ello un perjuicio patrimonial, solo puede concebirse la comisión de este delito con dolo directo y no eventual. El contrato simulado importa el acuerdo explícito de los contratantes de faltar a la verdad, de modo que la mera representación de ese resultado, aunque se la acepte o cuente con ella, pone en duda que la verdad expresada no pueda ser la verdadera.

En este caso el conocimiento en el dolo debe abarcar los siguientes aspectos:

- El carácter simulado del contrato
- El perjuicio que se pretende alcanzar con el contrato simulado
- La relación causal entre la simulación contractual y el resultado perjudicial

La modalidad meramente imprudente del delito no es concebible, no solo porque el texto positivo no la contempla, sino fundamentalmente por la

contradicción de dicha posición subjetiva con la conducta típica en que los coautores saben de la simulación y quieren obtener el resultado perjudicial.

C. Antijuricidad

Nos remitimos también en este punto a lo antes señalado para el delito del artículo 466, sin que presenten situaciones especiales en el delito que tratamos actualmente.

D. CULPABILIDAD

No se encuentran en el delito consideraciones especiales que hacer a este respecto, más que las ya mencionadas para el delito del artículo 466.

E. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

a) La penalidad

El delito se castiga con tres penas alternativas:

- Presidio menor en su grado mínimo, o
- Relegación menor en su grado mínimo, o
- Multa de once a veinte unidades tributarias mensuales

El marco penal es bastante amplio y permite reflejar en su extensión el importe del perjuicio que se causa con el otorgamiento del contrato simulado.

Las distintas penas alternativas en el delito son las mismas de la estafa residual del artículo 473, pero a diferencia de esta, en que la multa de

11 a 20 unidades tributarias mensuales es copulativa de las otras dos, en el artículo 471 es alternativa, por lo que objetivamente la pena del artículo 471 es más baja que la del artículo 473²⁵⁹.

La pena antedicha vuelve a los delitos del artículo 471 aquellos de menor gravedad dentro del párrafo 8 del Título IX, incluidas todas las modalidades de estafa. No hemos tenido éxito a la hora de encontrar la explicación de este tratamiento penal tan benigno. Más aun, podría considerarse que la figura debería castigarse al menos con la misma intensidad que la estafa, desde que a diferencia de esta, el ofendido carece de las herramientas para impedir el delito, ya que es ajeno a su comisión y se comete el delito a sus espaldas, incluso abusando en algunos casos de la confianza depositada en el agente. El concierto de los coautores, que normalmente importa una estimación de mayor injusto al volver más dificultosa la defensa del ofendido, tampoco ha sido considerada relevante en este caso para fijar el marco penal.

a.1) La figura agravada de la Ley N° 19.857

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 inc. 2° de la Ley N° 19.857, la pena del delito contemplado en el número 2° del artículo 471 del Código Penal se aplicará aumentada en un grado si fuere cometido (dicho delito) por el titular de una empresa individual de responsabilidad limitada.

²⁵⁹ En el Código Penal español de 1848 el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro tenía asignada una pena de “multa del tanto al triplo del importe del perjuicio que hubiere irrogado” (artículos 584 y 585), mientras que la estafa residual llevaba una “multa del tanto al duplo del perjuicio que irrogare” (artículo 588), esto es, el primero de los delitos se consideraba más grave que este último. En nuestro Código de 1875 en cambio el delito del artículo 471 se consideró con tres penas alternativas de “presidio o relegación menor en su grado mínimo o multa en cualquiera de sus grados”, mientras que la estafa residual del artículo 473 con “presidio o relegación menor en su grado mínimo i multa en cualquiera de sus grados”, esto es dos penas alternativas y una copulativa. No existen referencias en la discusión de la Comisión acerca de esta diferencia introducida al modelo español

Las razones esgrimidas por el Legislador para justificar esta agravación merecen reparos. Señaló el Ejecutivo en la discusión del Primer Informe de la Comisión Especial Pymes de la Cámara²⁶⁰ y luego en Sala²⁶¹ que “cuando estos delitos se cometen por una sociedad, siempre existe una contraparte, que puede ser un socio, que tiene la posibilidad de reclamar. En el caso de la sociedad unipersonal existe un solo propietario, que tiene la libertad de hacer lo que desee con su empresa”, a lo que se agregó que se buscaba con esta disposición “entregar una mejor imagen de seriedad en el manejo de la empresa individual” y “mantener la credibilidad en estas nuevas sociedades”. La Comisión rechazaría empero la propuesta del Ejecutivo pues “si se desea penalizar un delito en forma ejemplarizadora, se debería aumentar las penas por los mismos delitos en cualquier clase de sociedad y no sólo en las empresas individuales, ya que el dolo puede ser igual o mayor en otras sociedades”.

En Sala²⁶² varios Diputados promovieron sin éxito la reposición de la disposición, entre ellos el Diputado Burgos quien, refiriéndose al delito del 471 N° 2, sostuvo que “ésta es una forma de estafa o engaño común cuando las relaciones comerciales se hacen complejas” y que “suele ocurrir, desgraciadamente más de lo que uno quisiera, en la situación procesal”, por lo que resultaría conveniente recurrir al elemento punitivo, que haría “más difícil la situación de aquellos que, aprovechándose de ella, por alguna razón cometieran, en el tráfico de los negocios provenientes de esta nueva figura jurídica, algún acto ilícito”.

En un segundo Informe de la Comisión Especial Pymes de la Cámara²⁶³ se reincorporaría definitivamente la disposición apelando esta vez a la baja pena que en general lleva el delito del 471 N° 2, ya que “eso

²⁶⁰ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.857. Autoriza el establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada. p. 135

²⁶¹ *Ibidem*, p. 157

²⁶² *Ibidem*, p. 165

²⁶³ *Ibidem*, p. 173

significa que en un proceso penal, basta que haya sólo una atenuante, para aplicar el mínimo que puede ser multa, por lo que la indicación es razonable y prudente, en orden a aumentar la sanción en un grado, puesto que la pena es ínfima y, en definitiva, el elemento disuasivo es casi nulo”.

El primer argumento, relativo a la falta de controles al interior de la empresa individual de responsabilidad limitada, es insuficiente para justificar la agravación de la pena, ya que un déficit organizacional de esta flamante figura no puede ser abordado de entrada a través del sistema penal, dado el carácter –nunca está demás repetirlo- subsidiario de nuestra disciplina. Por lo demás, la falta de contrapesos en la toma de decisiones al interior de la empresa se ve compensado con la participación criminal necesaria que presenta el contrato simulado, de modo que el empresario siempre deberá recurrir a la voluntad de otra persona para cometer el ilícito. Como sea, la situación no es distinta de cualquier sociedad en que la administración se ejerce por quienes ostentan una mayoría social clara, mas la agravación se limita a las empresas individuales. La invocación de la protección de la imagen de estas noveles personas morales a través del elemento punitivo es, por decir lo menos, bastante rudimentaria y desenfoca una vez más los propósitos del sistema penal.

Pero la objeción más importante tiene que ver con el objeto de la agravación, pues si lo que se persigue es disuadir a los deudores constituidos como empresas individuales de responsabilidad limitada de conductas que perjudiquen a sus acreedores, lo propio habría sido recurrir a las figuras de insolvencia del artículo 466, incluido el otorgamiento de contratos simulados, y eventualmente de la quiebra, mas no al delito del artículo 471 N° 2, de tan modestos rendimientos según hemos explicado en este capítulo.

Como sea, la información, o al menos la percepción que maneja el legislador en cuanto a la común ocurrencia de estas conductas reconoce la

relevancia y utilidad del presente trabajo, aunque más importante sería que el propio legislador se motivara a modernizar de una vez esta vetusta e intrincada regulación.

b) Íter criminis

Como ya hemos señalado, el delito del 471 N° 2 se consuma con la producción del perjuicio al ofendido. Reconocido de esta manera como un delito de resultado, es posible concebir su existencia en etapa de tentativa y de frustración.

Habría tentativa si solo se otorga el contrato simulado, pero no se llevan a efecto las gestiones necesarias para que este surta efecto, como la omisión de la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces de un contrato simulado que transfiere un bien raíz. La falta de invocación del contrato simulado por parte del agente frente al sujeto pasivo, si es voluntaria, importaría un desistimiento de la tentativa que volvería atípica la conducta.

El delito se frustraría cuando pese a su otorgamiento, el perjuicio no alcance a producirse, como ocurriría si el Conservador de Bienes Raíces se negare a inscribir la transferencia simulada de un bien raíz, o si el adjudicatario de un bien raíz entrase en posesión de un inmueble aun en conocimiento de un contrato de arriendo simulado celebrado por el anterior poseedor.

El reconocimiento del perjuicio como momento consumativo del delito es reconocido por la jurisprudencia. Se ha fallado que: “tanto el perjuicio como la posibilidad de que el ilícito fuera perseguido, nació el 9 de julio del 2001, que es la fecha en que se practicó la inscripción que ha dado lugar a esta querrela. Que considerar una fecha anterior, importaría un adelanto artificial en la consideración de los perjuicios, dado que este último elemento, ha tenido lugar en la fecha señalada, que es cuando se ha puesto en peligro

el bien jurídico patrimonial de que se trata y no en una fecha anterior” y que “por otro lado, aun para los efectos de considerar la fecha de suscripción del contrato como un acto preparatorio del delito, ellos en todo caso constituye un acto totalmente impune, atendido precisamente a que el perjuicio no ha empezado a operar”²⁶⁴.

De forma alguna puede entenderse que el elemento perjuicio no concurre por el ejercicio exitoso de acciones tendientes a la recuperación del bien antes defraudado con el contrato simulado, como erróneamente se ha sostenido en algún fallo²⁶⁵. La posibilidad de retrotraer las cosas a su estado original en el mejor de los casos permitiría configurar la atenuante de responsabilidad de reparación del mal causado si en ello intervinieron los autores del ilícito, pero carecería completamente de relevancia penal si fue posible merced al ejercicio de acciones civiles contenciosas.

c) Diferencias con figuras afines y concursos

c.1) Con el delito de estafa

Como ya se ha venido anotando, los delitos de estafa y de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro son distintos, por lo que no es posible apreciar respecto de ellos concurso alguno, ya que los hechos han de ser incardinados *ab initio* en una u otra figura.

Las principales diferencias que presentan los delitos son las siguientes:

²⁶⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de agosto de 2008, Rol N° 490-2008; en el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de noviembre de 1984, Rol N° 6905-83 (Gaceta Jurídica N° 53, pág. 79)

²⁶⁵ Corte de Apelaciones de Arica, 23 de julio de 2008, Rol N° 125-2007 (Crimen): “Vigésimo quinto: Que, en relación al otro elemento perjuicio patrimonial, actualmente no existiría perjuicio, toda vez que mediante la acción de reivindicación del terreno, por inoponibilidad de contratos, los querellantes obtuvieron la devolución del terreno, materia de la litis, no correspondiendo entonces una indemnización de perjuicios”.

a) Como bien explica ETCHEBERRY²⁶⁶, el otorgamiento de contrato simulado no es lo mismo que la simulación de un otorgamiento de contrato, que bien puede constituir una estafa. Esto es, no se finge haber otorgado un contrato para aparentar por ej. solvencia, de modo de engañar a la víctima a quien se pretende estafar, sino que el contrato se otorga efectivamente, solo que su contenido no corresponde a la voluntad real de los otorgantes, ya sea porque en verdad es un contrato distinto (simulación relativa) o bien no existe voluntad efectiva de vincularse contractualmente (simulación absoluta).

b) En la estafa se da un elemento típico básico ausente en el contrato simulado: el error de quien dispone patrimonialmente. Sea el propio afectado por el delito, sea un tercero a su nombre, o en fin, un tercero que por mandato legal puede disponer sobre sus bienes, siempre quien dispone debe actuar por error. En el delito del 471 N° 2 en cambio nadie actúa movido por error, ya que la disposición patrimonial y el perjuicio son consecuencia directa del otorgamiento del contrato simulado, sin la intervención entremedio de otra persona.

Cada vez que se aprecie un error en el disponente patrimonial, aun cuando se haya otorgado un contrato simulado, la mirada ha de ir dirigida a la estafa y al establecimiento de sus demás exigencias típicas, pues esa sola circunstancia descarta la concurrencia del delito del 471 N° 2.

Este punto en particular es el que nos permite pronunciarnos respecto de lo resuelto por nuestros tribunales en el caso conocido como el “desmalezado de la Refinería de Con Con”²⁶⁷.

Se dio por acreditado en tal caso que entre los meses de diciembre de 1990 y agosto de 1992, dos funcionarios de la Refinería de Petróleos de Concón, concertados con un contratista, obtuvieron que las obras de desmalezamiento que requería dicha Refinería fueran adjudicadas a ese

²⁶⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. op. cit., p. 443

²⁶⁷ Corte Suprema, 24 de marzo de 2009, Rol N° 649-08

contratista y, posteriormente, a la sociedad en la cual se transformó, que le pertenecía a aquél y de la cual era su representante. Para lograr tal adjudicación, no se observó la normativa interna vigente que reglamentaba la tramitación de los contratos, como tampoco se observaron procedimientos de buena administración para asegurar la transparencia del proceso y los intereses de la empresa, lo que llevó a concluir que se trató de procedimientos de licitación aparentes, en que se observó cierto formulismo, pero en verdad todo ello fue para vincular al contratista con la empresa y después prolongarle su contratación en el tiempo, con vaguedad en la extensión de las hectáreas a desmalezar, el valor a pagar por metro cuadrado y en los tiempos a utilizar en la tarea, entre otros aspectos. En tal contexto el Secretario General de Refinería seleccionó firmas con escasa experiencia que incluso habían perdido todas sus propuestas anteriores sobre prevención de incendios. Los contratos fueron poco precisos en aspectos como la determinación de las superficies y sectores a desmalezar y hubo un excesivo pago de horas extraordinarias, que no habían sido previamente aprobadas, ni existían motivos que las justificaran. El perjuicio se deriva precisamente del pago de sobrepagos y de horas extraordinarias.

A los funcionarios públicos se les condenó acertadamente por el delito de fraude al fisco del artículo 239 del Código Penal, mientras que respecto del particular *extraneus* -asumiendo que no podía comunicársele el título que califica dicha conducta como delito especial impropio- se discutió acerca del delito común aplicable a su conducta, si estafa u otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro.

El fallo de instancia condenó al particular por el delito del 471 N° 2 toda vez que: “efectivamente, mediante engaño se efectuaron contrataciones aparentemente lícitas, pero hechas con el propósito de inducir a error a los estamentos para darles su aprobación, lo que ocasionó los perjuicios patrimoniales citados” (considerando duodécimo). Llamen la atención los términos utilizados por este sentenciador, ya que las ideas de “engaño”,

“inducir a error” y “perjuicios patrimoniales” invitan de inmediato a pensar en una estafa y no el simulado, como erróneamente se hizo.

La casación en el fondo en la que se reclamó por dicha calificación fue rechazada por la Corte Suprema. El argumento central utilizado fue precisamente la existencia de un concurso aparente de leyes penales entre el delito del artículo 471 N° 2 y la estafa, que hubo de resolverse a favor del primero conforme el criterio de la especialidad.

Sostuvo el fallo al efecto:

“Que, por lo relacionado anteriormente, los acontecimientos irrevocablemente fijados en la decisión de alzada, dan cuenta de la perpetración de un delito que se subsume plenamente dentro de la figura del otorgamiento de contrato simulado, sin que se pueda afirmar que dichos sucesos se califiquen como una estafa del artículo 468 del Código Penal, en circunstancias, que concurren todas las exigencias del tipo precedentemente analizado.

En efecto, de la actividad exterior de los sujetos involucrados, la finalidad que se han propuesto al obrar, y la previsión y aceptación de las consecuencias derivadas del designio mismo o de los medios empleados para lograrlo, se colige claramente que cuando el ilícito consagrado en el artículo 471 N° 2 del mencionado texto legal, concurre en su primera faz, o sea, como estafa, existe un concurso de leyes, con el básico del artículo 468, lo que impone la obligación de escoger cuál es efectivamente el tipo penal aplicable en la especie. Se trataría de un problema a plantearse, lógicamente, antes de comparar los hechos reales con las figura consideradas delictivas por el ordenamiento, y cuyo objetivo consistirá en determinar con cuáles de dichos modelos ilícitos ha de compararse a la situación fáctica realmente acaecida” (considerando 37°).

“Que, en este orden de ideas, resulta evidente que la ley criminal que se refiere a los delitos de otorgamiento de contrato simulado posee la calidad de especial respecto de la estafa propiamente dicha, dado que, exigiéndose en ambas clases de contravenciones la existencia del elemento engaño se observa que el artículo 468 del Código Penal requiere en términos generales, para constituirlo, de cualquier engaño que pueda motivar dicho componente, mientras que el del artículo 471 N° 2 en cuestión consigna en forma precisa el elemento mediante el cual se realiza la defraudación, cual es, el otorgamiento de un contrato simulado. Por lo cual, lógicamente, prevalece y se aplica éste, que desplaza aquél” (considerando 38°).

La sentencia referida asume la identidad nuclear de los delitos de estafa y contrato simulado, asignando a este último el carácter de especial ya que describe una forma específica de “engaño”, correspondiente al otorgamiento de un contrato simulado. Lo paradójico –y de lo cual el fallo no se hace cargo- es cómo dicho engaño calificado termina privilegiando la conducta al imponer un marco penal más lene. El resultado es altamente insatisfactorio ya que pudo importar incluso una pena irrisoria, lo que se salvó solo en cuanto se impuso la pena más alta del rango alternativo del artículo 471, el presidio menor en su grado mínimo elevado al grado siguiente por efectos de la reiteración delictual.

En nuestra opinión no hubo en este caso concurso aparente de leyes penales alguno, sino que cabía calificar la conducta del *extraneus* derechamente como estafa, desde que el propio fallo de casación asumió la apreciación de la instancia en cuanto a que “mediante engaño se efectuaron contrataciones aparentemente lícitas, pero hechas con el propósito de inducir a error a los estamentos para darles su aprobación, lo que ocasionó los perjuicios patrimoniales citados”. Reconociendo que el propósito de los agentes fue motivar el error de los “estamentos”, haciendo referencia a las autoridades superiores del Servicio, lo que hubo fue una estafa, conclusión

que no debió alterarse por el otorgamiento de contratos simulados, máxime si por dicha vía se terminó privilegiando el tratamiento punitivo.

Tampoco convence la derivación de los perjuicios únicamente de los contratos simulados. En efecto, el ardid es mucho más complejo: se efectúa una licitación irregular, los agentes fiscales se coluden con un particular que se impone sobre otros oferentes seleccionados para no presentar competencia y facilitar la adjudicación, los trabajos se desarrollan pero se pagan a un precio desmesurado, se fingen trabajos extraordinarios que no se cumplen, etc. Dentro de este cúmulo de ardid y engaños, el contrato fue solo la formalidad con que se obtuvieron los pagos fraudulentos y no el origen inmediato de los perjuicios. Su presencia no debió alterar la correcta calificación del ilícito como estafa, sobre todo luego de reconocer específicamente que se hizo incurrir en error a las autoridades estamentales del Servicio, que fueron las que en definitiva liberaron los pagos indebidos.

Cabe agregar que es habitual hallar en la estafa un vínculo contractual entre sujeto activo y el ofendido, un contrato “criminalizado” que sirve de causa a la disposición patrimonial perjudicial, y respecto del cual siempre podría predicarse que no corresponde a la voluntad real al menos de uno de los otorgantes, el sujeto activo, quien no desea obligarse sino que solo dañar patrimonialmente a su contraparte. Pero eso no vuelve simulado el contrato, sino que es la expresión y resultado del engaño desplegado por el autor.

c.2) Con el delito de falsedad

Alguna literatura consultada, fuertemente influenciada por la doctrina española, se planteó la existencia de un posible concurso entre el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro y la modalidad de falsificación de instrumento privado del artículo 198 en relación con el 193 N°

4 del Código Penal, en cuanto se comete falsedad en instrumentos públicos o auténticos: “4°. Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales”.

El supuesto fáctico es el del otorgamiento de un contrato simulado a través de una escritura pública u otro documento auténtico.

En nuestro país un posible concurso de normas ha sido categóricamente rechazado desde un inicio²⁶⁸, ya que el supuesto delictivo del 193 N° 4 se ha reservado para la conducta de los funcionarios públicos y no de los particulares, a quienes no asiste la obligación de decir la verdad en esta clase de instrumentos, al menos en términos que un obrar distinto dé cuenta de un delito de falsificación. Se ha argüido concretamente que calificar el otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro como falsedad volvería redundante o derechamente inútil el delito del 471 N° 2, y que “en la falsificación el dolo va íntimamente vinculado con la alteración misma del instrumento, en cuanto menoscaba la fe pública, en tanto en la simulación el ánimo doloso va dirigido directamente a defraudar”²⁶⁹.

d) Excusa legal absoluta

A igual que en el delito del artículo 466 inc. final, opera para este delito la excusa legal absoluta del artículo 489 del Código Penal.

Al respecto existe numerosa jurisprudencia²⁷⁰. No obstante en ella parece olvidarse que esta excepcional forma de exclusión de responsabilidad penal alcanza solo al autor que mantiene el vínculo personal descrito en la

²⁶⁸ BERESTESKY, Ángel. op. cit., p. 31; VALENZUELA, Mario. op. cit., p. 24

²⁶⁹ VALENZUELA, Mario. op. cit., p. 25

²⁷⁰ Corte de Apelaciones de Coyhaique, 30 de octubre de 2006, Rol N° 97-2006; Corte de Apelaciones de Rancagua, 22 de noviembre de 2006, Rol N° 326-2006; Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 2008, Rol N° 1581-2008; Corte de Apelaciones de Copiapó, 28 de noviembre de 2008, Rol N° 273-2008

ley con el ofendido. Mas, tratándose de un delito de participación necesaria, no existe impedimento alguno para castigar al co-otorgante del contrato simulado en quien no concurren las calidades del artículo en comento.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK, René. De las Obligaciones Tomo 2. 4ª. Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005

ANTON ONECA, José: voz “Estafa”, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1958

ASUA, Adela. El Daño Patrimonial en la Estafa de Prestaciones Unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones) La Teoría de la Frustración del Fin. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. (XLVI)

BACIGALUPO, Enrique. Delito de Falsedad Documental. Reimpresión 1ª. Edición. Buenos Aires, Hammurabi, 2006

BAJO, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal Económico. Madrid, Editorial Ramón Areces, 2001

BAJO, Miguel. “Los Delitos de Estafa en el Código Penal”. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009

BALMACEDA, Gustavo. El Delito de Estafa Informática. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009

BALMACEDA, Gustavo y FERDINAND, Michael. Análisis Dogmático del Concepto de “Perjuicio” en el Delito de Estafa (Especial referencia al concepto de “perjuicio en forma de peligro”). Revista de Estudios de la Justicia N° 7 (2006)

BASCUÑÁN, Antonio. Delitos contra Intereses Instrumentales. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez N° 1 (2004)

BELING, Ernst von. Esquema de Derecho Penal. Buenos Aires. Librería El Foro, 2002

BERESTESKY, Angel. La Simulación de Contratos en Materia Penal. Memoria de Prueba (Licenciado Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad de Chile, 1929

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.857. Autoriza el establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada

BUSTOS, Juan. Obras Completas Derecho Penal Parte Especial Tomo III. 2ª. Edición. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009

CABALLERO, Felipe. Las Insolvencias Punibles en el Anteproyecto de Código Penal Chileno: Antecedentes Históricos a Tener Presente. En: BALMACEDA, Gustavo (coord.). Problemas Actuales de Derecho Penal. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007

CAMARGO, César. Hurto Impropio y Otorgamiento de Contrato Simulado. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (XVII): 229-241, 1964

COBOS, Miguel, LÓPEZ, Jacobo y RODRÍGUEZ, Luis. Manual de Derecho Penal Parte Especial Parte Especial II. 2ª. Edición. Madrid, Akal, 1994

COMISIÓN FORO PENAL. Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial". Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf, visitado el 15 de noviembre de 2011

CONCHA, Hernán. Defraudaciones. Memoria (Licenciado Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad de Chile, 1945

CREUS, Carlos. Derecho Penal Parte Especial, Tomo I. 6ª. Ed., 1ª. Reimpr. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998

CURY, Enrique. Derecho Penal Parte General. 9ª. Ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2009

DAMIANOVICH, Laura. Delitos contra la Propiedad 3ª. Edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000

DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. El Delito de Contrato Simulado. Santiago, Editorial Jurídica Conosur. 1992

DEL RIO, J. Raimundo. Derecho Penal, Tercer Tomo. Santiago, Editorial Nascimento, 1935

DÍEZ, Raúl. Contrato Simulado Estructura Civil y Penal Teoría Jurídica y Práctica Forense. Nueva Ed. Actualizada. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995

DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial Tomo II-B. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2001

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Tomo Cuarto. Nueva Edición. Madrid, Imprenta Eduardo Cuesta, 1896

ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial, Tomo IV, 3ª. Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

FERNÁNDEZ, Pedro J. Código Penal de la República de Chile Explicado y Concordado. 2ª. Ed. Santiago, Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, 1899

FERRARA, Francesco. La Simulación de los Negocios Jurídicos (Actos y Contratos). Trad. de la 5ª. Ed. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1926

FUENSALIDA, Alejandro. Concordancias i Comentarios del Código Penal Chileno, Tomo Tercero. Lima, Imprenta Comercial Calle del Huallaga, 1883

GARRIDO, Mario. Derecho Penal Parte Especial Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001

GIMBERNAT, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial IB de F, 2006

GOMEZ, Javier. La interpretación de la expresión "en perjuicio de" en el Código Penal. Madrid, Dykinson, 2006

GRISOLIA, Francisco. La Estafa Procesal en el Derecho Penal Chileno. Revista Chilena de Derecho, 24(3)

HERNÁNDEZ, Héctor. Aproximación a la problemática de la Estafa. Problemas Actuales de Derecho Penal. Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003

HERNÁNDEZ, Héctor. La Administración Desleal en el Derecho Penal Chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (1): 201 – 258, 2005

JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho Penal Parte General. Granada, Editorial Comares, 2002

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal III, Buenos Aires, 1965

KINDHAUSER, Urs. Estudios de Derecho Penal Patrimonial. 1ª. Edición. Lima, Editora Jurídica Grigley, 2002

LABATUT, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II. 6ª. Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997

LEVAGGI, Abelardo. Historia del Derecho Penal Argentino. Buenos Aires, Editorial Perrot.

LOPEZ SANTA MARIA, Jorge. Los Contratos Parte General. Ed. Jurídica de Chile

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos. Cuestiones Fundamentales del Delito de Alzamiento de Bienes. Estudios Penales y Criminológicos N° 24 2002-200

MERA, Jorge. Fraude Civil y Penal El Delito de Entrega Fraudulenta. 2ª. Edición. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1994

MEZGER, Edmundo. Derecho Penal I. 6ª. Valletta Ediciones, 2004

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial, 11ª. Edición. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1996

MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. Barcelona, Editorial Bosch, 1971

PACHECO, Joaquín. F. El Código Penal Concordado y Comentado, Tomo III. 5ª. Edición. Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello. 1881

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y RAMÍREZ, María. Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, 2ª. Edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005

PUGA, Juan. Derecho Concursal Delitos de la Quiebra. 2ª. Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2002

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones Sobre La Prueba Del Dolo. Revista de Estudios de la Justicia (4): 13-26, 2004

RODRÍGUEZ DEVESA, José. Derecho Penal Español Parte Especial, 6ª. Edición. Madrid, 1975

ROMERO, Gladys. Delito de Estafa. 2ª. Edición. Buenos Aires, Hammurabi, 2007

SALAMANCA, Jorge. De las quiebras e insolvencias punibles. Memoria de Prueba (Licenciatura en Leyes y Ciencias Políticas). Santiago, Universidad de Chile, 19

SCHLACK, Andrés. El Concepto de Patrimonio y su Contenido en el Delito de Estafa. Revista Chilena de Derecho, 35(2): 261-292

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo IV. 10ª. Reimpr. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina

SOMARRIVA, Manuel. Derecho Sucesorio. 4ª. Edición, versión de René Abeliuk. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998

VALENZUELA, Mario. De la Simulación de Contrato. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad Católica, 1954

VAN WEEZEL, Alex. El sujeto activo del delito previsto en el artículo 97 N° 4 inciso 2º del Código Tributario. Jurisprudencia al Día Legal Publishing (101), Diciembre 2008

VIVES, Tomás y GONZÁLEZ, José. Los Delitos de Alzamiento de Bienes. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998