



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**POSIBLES CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN EL
DELITO DE QUIEBRA Y SU APLICACIÓN A LA LEY CHILENA**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

PROFESOR GUÍA

SR. JORGE FERDMAN NIEDMANN

MEMORISTAS

ROCIO PALMA HORTA

FRANCISCO RODRIGUEZ FUENTES

“A nuestras familias”

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: DELITOS ECONÓMICOS	4
1.1. Conceptualización General del Derecho Penal Económico.....	4
1.1.1.Desarrollo de la Teoría del Bien Jurídico	7
1.1.2. Distinción entre Bienes Jurídicos Individuales y Colectivos o Supraindividuales	12
1.1.3. El Delito de Quiebra como Delito Socioeconómico. Bien Jurídico Protegido en el Delito de Quiebra	17
1.1.3.1. Posiciones Individualistas o Privadas.....	18
1.1.3.2. Posiciones Supraindividuales, Colectivas o Macrosociales.....	24

1.1.3.3. Posiciones Mixtas.....	30
1.1.3.4.Observaciones de Bernardo Feijoo Sánchez	32
1.1.3.5. Comentarios Finales.....	34
1.2. Criminalidad Económica y Empresarial.....	36
1.3. Particularidades del Derecho Penal Económico respecto al Derecho Penal Nuclear.....	40
1.3.1. Expansión del Derecho Penal.....	40
1.3.2. Administrativización del Derecho Penal	47
1.3.3. Particularidades del Derecho Penal Económico	51
1.4. Excurso: Estado Actual de la Discusión sobre el Bien Jurídico como Fundamento de Legitimación del Derecho Penal.....	53
1.4.1. Detractores, Defensores y conclusiones respecto al Bien Jurídico como criterio de legitimación.....	64
CAPÍTULO II: EL DELITO DE QUIEBRA.....	68
2.1. El Fallido como Sujeto Activo del Delito de Quiebra.....	68
2.2. El Tipo Objetivo del Delito de Quiebra	74
2.2.1. Generalidades.....	74

2.2.2. Las Conductas de los Artículos 219 y 220.....	78
2.2.3. Deberes Extrapenales en el Delito de Quiebra y su Vinculación con las Leyes Penales en Blanco.....	84
2.2.4. La Quiebra Punible como Delito de Peligro Concreto.....	86
2.2.5. El Delito de Quiebra como Incremento del Riesgo Permitido: Imputación Objetiva en el Tipo del Delito de Quiebra	94
2.3. Particularidades del Tipo Subjetivo en el Delito de Quiebra.....	97
CAPÍTULO III: POSIBLES CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN EL DELITO DE QUIEBRA Y SU APLICACIÓN A LA LEY CHILENA.....	103
3.1. Generalidades y Refutación de los Criterios de Imputación	
Tradicionales.....	103
3.2. Autoría en el Delito de Quiebra cometido por un Deudor/Fallido Persona Natural.....	108
3.2.1.El Delito de Quiebra como Delito de Infracción a Deber (Roxin)	108
3.2.2.Delitos de Infracción a Deber en las Omisiones y la Comisión por Omisión	115

3.2.3.Otras Fuentes de la Posición de Garante en la Doctrina	120
3.3. Autoría y complicidad en los artículos 219, 220 y 221 del Libro IV del Código de Comercio.....	121
3.4. Clasificación de las hipótesis de los artículos 219 y 220 de acuerdo a los criterios de autoría tratados	125
3.5. Autoría del Delito de Quiebra Cometido por una Persona distinta del Fallido.....	126
3.5.1. Problemática.....	128
3.5.2. Fundamentos Dogmáticos del Actuar en Lugar de Otro.....	131
3.5.2.1.Delito Especial como Delito de Infracción a Deber (Roxin y Blauth)	131
3.5.2.2.Criterio del Dominio (Schünemann y Gracia Martin).....	133
3.5.2.2.1. Dominio sobre el Fundamento del Resultado.....	133
3.5.2.2.2. El Dominio Social	137

3.5.2.2.3. Delitos de Quiebra y el actuar en lugar de otro en base al criterio del dominio	142
3.5.2.3. Criterio Normativo (Jakobs y García Caveró).....	143
3.5.2.3.1. La Configuración Normativa de la Sociedad como Objeto de Protección del Derecho Penal.....	143
3.5.2.3.2. Delitos de Organización en Oposición a los Delitos de Infracción a Deber o Institucionales. El Caso de los Delitos Especiales	146
3.5.2.3.3. Determinación de la Autoría o Autoría como Competencia	153
3.5.2.3.4. En Particular: El Actuar en Lugar de Otro.....	156
3.5.3. Nuestra Postura	158
3.5.4. Soluciones Planteadas en el Derecho Comparado.....	160
3.5.5. Caracterización de las Figuras de los Artículos 232 y 233	162
3.5.5.1. Delito de quiebra en el caso de fallido persona jurídica.....	163

3.5.5.2. Delito de quiebra impropia del fallido persona natural.....	169
3.5.5.3. Delito de quiebra impropia del fallido incapaz.....	171
IV. CONCLUSIONES.....	171
V. BIBLIOGRAFIA	175
RESUMEN	

El objetivo del presente trabajo se centra en dar un nuevo enfoque al estudio del delito de quiebra, en especial al tema de la autoría. Para esto contextualizamos el ilícito dentro de los delitos de tipo socio económico, examinando las características especiales de esta categoría delictual, para luego aplicar sus consecuencias en el análisis de la autoría, principalmente en lo que dice relación con el actuar en lugar de otro. Con ello se logra obtener como resultado que los criterios tradicionales de autoría resultan obsoletos, puesto que no se condicen con la nueva realidad delictiva económica, haciéndose necesario la aplicación de modernos sistemas de autoría.

INTRODUCCIÓN

En el último tiempo el derecho penal ha sufrido una expansión en su contenido debido a la aparición de nuevos fenómenos delictivos producto de riesgos sociales no considerados por la dogmática penal clásica. Una de estas nuevas formas de criminalidad se refiere a aquellos delitos de contenido económico en los que se ve comprometido el funcionamiento del sistema económico cuya lesión o puesta en peligro repercute en toda la sociedad.

Así conductas que antes no eran consideradas lesivas para un bien jurídico ahora lo son. Esto debido a la consideración de tales presupuestos como indispensables para una correcta socialización. De esta manera se ha dejado de considerar las lesiones de contenido económico como simples ataques al patrimonio (bien jurídico individual), para ser tratadas como ataques contra el funcionamiento de todo el sistema, cuyas consecuencias lesivas van dirigidas contra todo el grupo social y no contra individuos particulares.

En este sentido el delito de quiebra se presenta como un caso paradigmático de este cambio de perspectiva, debido a que en un comienzo se lo trataba como un delito de carácter patrimonial que sólo afectaba a los acreedores, en particular aquellos que participaban del procedimiento concursal, lo que ocasionaba lagunas de punibilidad y errores en la tipificación de los delitos. Una parte de la doctrina ha planteado que "...en verdad el bien

jurídico protegido no es el patrimonio, sino que es el sistema económico crediticio. Dado que en un sistema de mercado aparece fundamental y básico el sistema crediticio, resulta necesario protegerlo, y tipificar desde esa perspectiva los delitos correspondientes¹.

Como una segunda consecuencia de la nueva criminalidad económica, se presenta la dificultad de aplicar los clásicos criterios de imputación para efectos de determinar a un sujeto como responsable de un resultado lesivo. Esto debido a que los nuevos actores de la economía no actúan como sujetos individuales o como miembros de pequeños grupos, sino que se organizan en estructuras empresariales complejas organizados según los principios de jerarquía y división del trabajo, lo que conlleva a una escisión entre quienes toman las decisiones y quienes las ejecutan y a un dispar manejo de la información dentro de estos grupos. Aquello resulta aún más complejo si consideramos que: en primer lugar, el legislador suele tipificar estas conductas como delitos especiales en los que se exige para la imputación que el autor cumpla con determinadas cualidades especiales; y en segundo lugar, por el hecho de que las empresas tienden a configurarse como entes jurídicos con personalidad distinta de quienes en definitiva materialmente actúan. Así, al no ser las personas jurídicas sujetos capaces penalmente (principio *societas delinquere non potest*), toda actividad delictiva desarrollada dentro de ellas y en

¹ BUSTOS, J. 1994. Bien Jurídico en los Delitos Económico (charla dictada el 29 de septiembre de 1994). Colegio de Abogados de Chile. Santiago, Chile. Pag 15.

su nombre no le es atribuible, no obstante cumplir con la calificación penal de los tipos; por el contrario, las personas naturales que realizan la actividad lesiva, al no cumplir con la calidad especial exigida en el tipo no resultan punibles. Lo mismo sucede en casos de representación, ya sea convencional o legal.

Frente a esto, la doctrina ha debido adaptar y crear nuevos criterios de imputación como respuesta a esta problemática, para conseguir satisfacer de forma adecuada las exigencias de la política criminal y las garantías que importan la dogmática tradicional. Ello, fundamentando de mejor manera la determinación autoría y la participación en organizaciones complejas, considerando la forma de atribuir la responsabilidad a quien sin ser el sujeto activo del delito especial realiza la conducta típica, en lo que se ha denominado por la doctrina como el actuar en lugar de otro.

De esta forma, podremos caracterizar el delito de quiebra desde la perspectiva del derecho penal económico, señalando las particularidades de esta disciplina del derecho penal. Luego, hacer una revisión de la discusión en torno al bien jurídico protegido al configurar aquel delito, para una vez definido hacer un estudio del tipo correspondiente. Para sólo, a partir de ello enfocarnos en el tema principal de este trabajo, a saber las respuestas doctrinarias que se han planteado para fundamentar la atribución de responsabilidad en organizaciones empresariales.

CAPITULO I: DELITOS ECONÓMICOS

1.1. Conceptualización general del Derecho Penal Económico.

Las insolvencias punibles constituyen un delito cuya naturaleza jurídica ha sido objeto de discusión. Parte de la doctrina ha señalado que el bien jurídico protegido mediante la sanción de estos ilícitos es de carácter exclusivamente patrimonial. Sin embargo, ello ha sido cuestionado, y se ha manifestado que se trataría de un bien de carácter socio económico. Este tema se encuentra directamente relacionado con la discusión en torno al concepto del Derecho Penal Económico, al aludir a una dimensión macrosocial de este tipo de delitos. En este sentido Bernardo Feijoo señala que “no existe un manual de Derecho penal económico que prescinda del tratamiento de estas infracciones, incluso, muchas de las reflexiones generales sobre el contenido, concepto y función del Derecho Penal económico así como sobre su legitimidad (...) están condicionadas por argumentos relativos a estas figuras delictivas...”².

El Derecho Penal Económico es una manifestación del Derecho Penal, que ha girado y se ha desarrollado en torno a los cambios que ha experimentado la sociedad, la economía, los sistemas económicos y los actores en este campo, escenario que ha dado lugar a la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos, ya no solo de carácter individual sino colectivos, y a la

² FEIJOO, B. 2009. Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico. Montevideo – Buenos Aires. Ed. B de F. Pag 124.

aparición de nuevas formas de criminalidad. El Derecho Penal debe enfrentar los problemas que se generan por las constantes transformaciones que vive la sociedad, puesto que entendemos que el Derecho en general es dinámico, supeditado a la realidad política, social y cultural en que se desarrolla.

A mediados del siglo XX, Edwin Sutherland definió el delito económico en base al estatus o posición social del autor, denominando este tipo de criminalidad como *white collar crime* o delitos de cuello blanco³. Entendía que su característica principal era la comisión por personas de una clase social alta, respetables, hombres de negocios, poderosos. La importancia de ello fue que permitió captar que la delincuencia en general, no era exclusiva de clases bajas y que el delito económico tenía características que lo diferenciaban de otros y lo hacían excepcional, lo cual dio verdadera relevancia y atención al tema. Posteriormente, se entendió que no sólo debía ponerse el acento en la figura del autor, por cuanto el concepto se extendía sin límites suficientes, y que además, este factor no era el determinante al definir este tipo de delitos, pues “...en el Derecho penal moderno, delincuente es el que realiza el delito, no el que procede de un medio social determinado o tiene determinadas connotaciones personales”⁴. De esta manera, el análisis se centró en la forma de cometer la conducta delictiva (*modus operandi*) y el fin u objetivo de esta, es

³ Esta teoría establece que la delincuencia no es solo un fenómeno exclusivo de las clases bajas, sino también de la clase media y alta. Y en materia económica define los delitos de cuello blanco como aquellos cometidos por éstos grupos (principalmente grupos con poder económico). TIEDEMANN, Klaus. 1985. Poder Económico y Delito. 1era ed. Barcelona, España. Ed. Ariel. Pag 9.

⁴ MUÑOZ, F. 1998. Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. Revista Penal N°1. Barcelona, España. Ed. Praxis. Pag 67.

decir, en el hecho del autor más que en el autor mismo. Klaus Tiedemann, en su obra "Poder Económico y Delitos"⁵, señala respecto al modo de cometer la conducta delictiva, el delito económico lo constituye "...el abuso de la confianza socialmente exigible en la vida económica".

A partir de ello, comenzó a buscarse un concepto más o menos preciso para los delitos socioeconómicos, desarrollándose distintas conceptualizaciones dirigidas a este objetivo. La doctrina, desde los aportes efectuados por Tiedemann, fue configurando un concepto material empleando la figura del bien jurídico protegido para categorizar este tipo de ilícitos.

Con ello, el concepto de derecho penal económico y de bien jurídico quedan vinculados⁶, en la medida en que la designación del interés jurídico protegido permitiría delimitar el concepto de Derecho penal económico. La discusión, sin embargo, estuvo dada – y aun en cierta medida lo está - por la determinación de la categoría de bienes jurídicos que este derecho resguarda. En este sentido, se desarrollaron distintas vertientes que intentaron delimitar el bien jurídico protegido; algunas hacían alusión a la Economía en general como objeto de resguardo, a la planificación económica, a la libertad económica, pero finalmente se llega a un concepto en base a la idea de Orden Económico, o sus diferentes variables como Orden Público Económico, orden económico

⁵ TIEDEMANN, Ob Cit, Pag 11.

⁶ Raúl Cervini señala en este sentido que: "Es por lo tanto posible identificar o delimitar al Derecho penal económico a partir de la identificación del bien jurídico que esta supuesta rama del Derecho Penal busca tutelar". En: CERVINI, R. 2008. Derecho Penal Económico. Perspectiva Integrada, en AA.VV. Revista de Derecho, N° 03, Montevideo, publicación arbitrada de la UCUDAL y Konrad Adenauer Stiftung, 2008. Pag 2. El mismo texto en el Site del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, http://www.ciidpe.com.ar/areas_especial_dpe.php.

nacional, orden público económico social, régimen económico, orden público del mercado, entre otras similares. A partir de ello, se desarrollaron dos concepciones de Derecho Penal Económico en base a la figura del bien jurídico: una restringida, que entendía que el Derecho Penal Económico tutelaba intereses individuales de los particulares y el Estado, y en que el Orden Económico correspondía a la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía; y una amplia, que entendía al orden económico como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, y por tanto, se protegían bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos de carácter supraindividual o colectivos.

Debido a esta directa relación entre bien jurídico y delitos socioeconómico, será necesario atender brevemente a la teoría del bien jurídico y a la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos o supraindividuales.

1.1.1. Desarrollo de la Teoría del Bien Jurídico.

El concepto de bien jurídico nace como una respuesta frente a la determinación de qué es lo que debe proteger el Derecho Penal y por tanto, el fundamento de su legitimidad. El delito es entendido en este sentido, como una lesión a bienes jurídicos, en base al principio de Lesividad u Ofensividad del Derecho Penal (*nullum crimen sine in iuria*), en virtud del cual, el derecho sólo protege frente a conductas socialmente dañosas, en la medida en que alteren

las necesidades de convivencia social; en este caso, esas necesidades están definidas por ese llamado bien jurídico.

La figura del bien jurídico se genera, entonces, como un criterio limitador del *Ius Puniendi* estatal (facultad que tiene el Estado para describir ciertas conductas como constitutivas de delitos para amenazarlas y determinar sus penas), puesto que la intervención penal por parte del Estado es solo una reacción de *extrema ratio*, es decir, que el derecho penal funciona como último medio de control social, cuando los demás no han sido eficaces. Así, se señala que: "...la regulación penal no debe rebasar el plano de la protección de aquellos bienes jurídicos indispensables para una vida libre en sociedad, conforme al difundido modelo de una intervención penal entendida como *ultima ratio* de los mecanismos de control social"⁷. Sin embargo, esta función de garantía o político-criminal no es la única, sino que también el bien jurídico cumple con una función dogmática o interpretativa, en virtud de la cual, se hace posible desentrañar que es lo que la ley pretende proteger, analizando la lesión del bien jurídico desde los distintos elementos del delito; y una función sistemática, en la clasificación de los tipos delictivos, ordenándose en grupos de acuerdo a un mismo bien jurídico lesionado.

La teoría del bien jurídico ha implicado un debate, no siendo una cuestión unánime. Existen posiciones que rechazan o cuestionan la capacidad de este

⁷ BAJO, M. 1993. Manual de Derecho Penal: parte especial: delitos patrimoniales y económico, 2da edición. Madrid, España. Centro de Estudios Ramón Areces. Pag 83-84.

criterio para establecer los parámetros de protección del Derecho Penal. Dentro de las teorías funcionalistas, Jakobs señala que lo que garantiza el derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, sino que la vigencia de la norma. Las normas garantizan una expectativa normativa, la expectativa de que una persona no ataque los bienes de otra persona (en la medida en que el derecho es entendido como la estructura de la relación entre personas)⁸. Al defraudar la expectativa, la aplicación de la pena a quien vulneró la norma, viene a ratificar la validez de ella. El conjunto de expectativas normativas constituye la identidad normativa de la sociedad, por tanto quien defrauda una expectativa, desea introducir otra idea de sociedad. Sin embargo, la sanción confirma la expectativa y le da sustento a la norma.

La crítica efectuada por Jakobs a la teoría del bien jurídico, se enfoca al hecho de que los bienes jurídicos no deben considerarse como objeto de protección en sí mismos, sino en relación con la conducta de una persona, la cual se materializa en la norma. El bien jurídico "...es innecesario como referente material y que, en todo caso, el único bien jurídico admisible para el derecho penal, común a cualquier clase de ilícito, está dado por la propia vigencia y estabilidad de la norma y no por la supuesta tutela de bienes,

⁸ JAKOBS, G. 2003. ¿Qué Protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma? En: AA.VV, El funcionalismo en derecho penal. Universidad Externado de Colombia. Pag 43.

intereses o valores, los cuales, en suma, configuran una mera metáfora de la vigencia de la norma”⁹.

Sin perjuicio de que la discusión sobre la aptitud del bien jurídico en el derecho penal no esté aún resuelta, la figura del bien jurídico es un elemento importante en la teoría del delito que no ha sido abandonado por la doctrina, pues como destaca el profesor Juan Bustos: “El bien jurídico en cuanto piedra angular de toda la teoría del delito, determina completamente el injusto específico de cada delito en particular y, por tanto, sus elementos constitutivos esenciales”¹⁰.

En cuanto al concepto de bien jurídico, ha resultado complejo encontrar límites precisos. Sin embargo, y en busca de, al menos, un contenido mínimo, la teoría Constitucional, ha sido ampliamente aceptada por la doctrina. Esta plantea que el contenido del bien jurídico se fija en base a los derechos fundamentales establecidos en los ordenamientos jurídicos, es decir, en base a la Constitución. Roxin señala que, para que el concepto de bien jurídico sea vinculante debe provenir de la Ley Fundamental, pues es ahí donde se establecen los parámetros del *Ius Puniendi*, en el contexto de un Estado de Derecho. Y define, en base a estas conclusiones, a los bienes jurídicos como “...circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre

⁹ FERNANDEZ, G. 2004. Bien jurídico y sistema del delito. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF. Pag 4.

¹⁰ BUSTOS, J. 1990. Política Criminal y Bien Jurídico en el Delito de Quiebra. [Anuario de derecho penal y ciencias penales](#), Tomo 43, Fasc/Mes 1. Universidad de Friburgo. 29-62. Pag 13.

desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”¹¹. Entiende además que estos bienes no serían inmutables sin perjuicio de su carácter normativo, puesto que se entiende que están abiertos a cambios sociales o de conocimiento científico, según las finalidades constitucionales, lo cual les da, por cierto, mayor movilidad para enfrentar el dinamismo de la sociedad. “En tal medida se ha entendido que el Derecho penal equivaldría a un “Derecho constitucional aplicado” y que, por ello, el penalista debe tratar de concretar el ordenamiento objetivo de valores de la Constitución en las estructuras político-criminales y dogmáticas del Derecho penal”¹². Por tanto, a partir de la Constitución, no solo se proponen límites al Estado en su actividad punitiva, sino que además sirven como fundamento positivo de su actividad.

Determinar cuál es el interés social merecedor de protección en ciertos delitos puede resultar relativamente sencillo, sin embargo, en otros casos, la tarea es un poco más compleja. Como fue tratado previamente, la búsqueda de un bien jurídico específico en los delitos económicos ha sido ciertamente objeto de discusión.

¹¹ ROXIN, C. 1997. Derecho Penal: Parte General, Tomo 1: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, España. Editorial Civitas. Pag 56.

¹² ABANTO, M. 2006. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Revista Penal N° 18. España. Editorial La Ley. Pag 10.

1.1.2. Distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos o supraindividuales.

El derecho penal inicialmente se centraba en el resguardo de la persona humana, como sujeto individual, y en este sentido los bienes jurídicos protegidos eran de carácter personal. En materia social y económica esto se condice con la etapa del Estado Moderno y la idea de libertad de los ciudadanos. Pero posteriormente el sistema entró en crisis, y a partir de la incorporación de los derechos sociales y económicos como garantías individuales, en el contexto de una modificación de las Constituciones y en el camino hacia un Estado Social Democrático a mediados del siglo XIX, se hizo necesario extender el concepto de bien jurídico, e incorporar bienes de carácter colectivo junto a los individuales.

A partir de este momento, la valoración que ha hecho la sociedad respecto a este tipo de bienes ha ido creciendo, debido principalmente a la participación y trascendencia en ámbitos sociales y económicos, por sobre aspectos individuales. Aquello responde a un conjunto de factores relacionados entre sí: a la complejidad de las relaciones sociales de las sociedades postindustrializadas; a que estos intereses gocen actualmente de relevancia

constitucional; a que nuestras sociedades al desarrollarse asumen nuevos riesgos; y a que el derecho debe asumir estos riesgos y controlarlos¹³.

De esta forma, el derecho penal ha tomado una nueva función, en la medida que ha pasado a resguardar o conservar no solo intereses clásicos, como lo eran los individuales, sino que también se ha hecho cargo de estos valores colectivos. Incluso se señala que, desde su origen era posible reconocer esta función. Así Birbaum hizo una clasificación entre delitos en contra del individuo y delitos en contra del ser colectivo¹⁴. Por tanto su protección no es una cuestión nueva para el derecho penal, lo que si ha ocurrido es que se ha puesto una mayor atención en ellos, debido a los cambios sociales, económicos, institucionales, que han hecho que merezcan mayor reconocimiento por cuanto se han visto más vulnerados: “Lo que sucede es que aquellos intereses - que al igual que los llamados bienes jurídicos individuales siempre han tenido el mismo fundamento: la dignidad de la persona – adquieren la connotación de pilares básicos de la organización y funcionamiento del sistema social – sobre todo económico – con relevancia constitucional (por

¹³ ZUÑIGA, L. 2009. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Navarra, España. Ed. Aranzadi. Pag 91.

¹⁴ VILLEGAS, E. 2009. Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales. [En línea] http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20091207_03.pdf. [consulta:08 de mayo de 2013] Pag 9.

ejemplo: el sistema financiero y de tributación, libre competencia, medio ambiente, etc.)...”¹⁵.

La idea de que los delitos económicos no solo importan una afectación a bienes patrimoniales individuales es mayoritariamente aceptado por la doctrina, la cual ha señalado que existirían una sumatoria de intereses jurídicos objetos de protección¹⁶. Es en el sector económico en donde, debido al desarrollo económico, las modificaciones en los sistemas y al fenómeno de la globalización, se ven afectados intereses generales o de grupos amplios de la sociedad, que no solo implican infracciones atentatorias contra la actividad interventora del Estado en la economía. En este sentido, es posible entender como señalan algunos autores que, “...la criminalidad económica no puede entenderse en forma aislada del contexto social concreto donde se produce...”¹⁷, puesto que, estará determinada por las condiciones de la sociedad en un momento histórico determinado, es decir, dependerá de la estructura socioeconómica (por ejemplo, de acuerdo del sistema económico, siendo diferentes los delitos que pueden generarse en un sistema de libre mercado y en uno intervencionista)

En este sentido, el bien jurídico, desde su función legitimadora del derecho penal, permite reflejar las relaciones sociales protegidas por la norma

¹⁵ Ibid. Pag 11-12.

¹⁶ HORMAZABAL, H. 1995. Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español. En: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. Pag 193.

¹⁷ CERVINI, R. [s.a.] Derecho Penal Económico. Concepto y Bien Jurídico. ICEPS, Secretaría General para América Latina. Consejo Consultivo Internacional. Pag 14.

penal, y en base a ello y a la función sistematizadora que se le reconoce, parte de la doctrina los ha clasificado de acuerdo al estado en que se posicionan respecto al sistema social. Se distingue así entre bienes microsociales y macrosociales, terminología que comprenderían de mejor manera las implicancias de estos bienes y sus diferencias. Hernán Hormazabal advierte en uno de sus artículos¹⁸ que sería erróneo partir diferenciando según la titularidad del bien jurídico y según si el interesado en su protección es una persona individual o el colectivo social, pues aquello daría a entender que es posible una cierta disposición sobre los bienes individuales y no así, sobre los colectivos. El derecho penal no podría asumir esa afirmación, ya que la sociedad también podría tener interés en bienes de carácter individual, y no solamente la víctima. El profesor Juan Bustos se refiere a bienes microsociales y macrosociales, señalando que los primeros se dirigen a "...las relaciones de los sujetos de los unos solamente con los otros, relaciones sumamente puntuales entre un sujeto y otro y, por lo tanto, lo que está en juego son justamente aquellas necesidades básicas de carácter material como espiritual que afectan directamente a la persona (...) están referidos directamente a la persona y, por lo tanto, a la subsistencia misma del sistema. El sistema no puede existir sin justamente la protección a la persona en sus diferentes dimensiones de carácter material o espiritual"¹⁹. Y los segundos estarían al servicio de los primeros, y se refieren

¹⁸ HORMAZABAL, Ob. Cit, pag 129-130.

¹⁹ BUSTOS, 1994, Ob. Cit, pag 12.

“...al funcionamiento del sistema, en cuanto el funcionamiento de un sistema dentro de un Estado de Derecho, social y democrático está dirigido justamente al desarrollo de esas necesidades materiales y espirituales de las personas”²⁰. En este sentido son de interés los bienes jurídicos colectivos, por cuanto para proteger bienes individuales es necesario proteger también aquellos que pertenecen a todos y cada uno de los miembros del sistema. Por ejemplo, si se quiere garantizar la salud de las personas debemos resguardar un medio ambiente de calidad. Señala Bustos, que este tipo de bienes macrosociales los encontraríamos, al igual que los microsociales, en la Carta Fundamental. Estos autores reconocen que en los delitos económicos se estaría afectado bienes de carácter macrosocial, por cuanto afectan un sistema económico determinado de un Estado de Derecho, el cual sirve a todos aquellos sujetos individuales que actúan y se sirven de él.

Considerar los bienes jurídicos colectivos o macrosociales como aquellos referidos a las relaciones de todos entre sí, y por tanto, esenciales en el funcionamiento del sistema, permite comprender que el bien jurídico en los delitos socio-económicos sea de estas características. Según el profesor Bustos, las dificultades para entender aquello por una parte de la doctrina se deben en gran medida “...a que al teórico del derecho penal le ha costado asumir la gran transformación operada en el campo económico y social”, y por tanto, tienden a situar estas áreas solo a “...un interés mediato o a un bien de

²⁰ Ibid, pag 12.

significación subordinada”²¹, desconociendo su verdadera importancia. Constituyen simplemente aspectos diferentes de la vida social, pero no por ello de menor relevancia en comparación con aquellos intereses de carácter patrimonial, puesto que, como se señaló anteriormente, son necesarios para el desarrollo de todas las personas dentro de un sistema.

1.1.3. El Delito de Quiebra como Delito Socioeconómico. Bien Jurídico protegido en el delito de quiebra.

Ahora bien, los delitos de quiebra constituyen un tipo de ilícito respecto de los cuales ha resultado bastante controvertido definir si se trata de un delito de carácter socioeconómico o de carácter patrimonial.

Se ha señalado que los delitos concursales han supuesto una posición intermedia entre aquellos delitos patrimoniales – individuales - y aquellos delitos socioeconómicos – colectivos, lo que ha llevado a algunos autores a denominarlos como “delitos bisagra”²². Los problemas que se generan al momento de determinar el bien jurídico en las insolvencias punibles, vienen dados por el hecho de tratarse de un delito que se configura en base a diferentes hipótesis, pero que sigue siendo un único delito²³. Se señaló anteriormente que el bien jurídico cumplía una función sistemática, que en el caso de estas infracciones se dificulta por cuanto el esclarecimiento de la

²¹ Ibid, pag 13.

²² FEIJOO, Ob cit. Pag 124.

²³ PUGA, J. 2002. Derecho concursal. Delitos de la quiebra, 2da. Ed. Santiago, Chile. Ed. Jurídica de Chile. Pag 64.

naturaleza y el bien jurídico, es todavía objeto de debate doctrinario, unido al hecho de que la institución de la quiebra ha vivido una evolución en los diferentes ordenamientos, relacionada principalmente con los cambios en los sistemas económicos²⁴.

Podemos distinguir tres tipos de teorías respecto a esta discusión: una teoría individualista o privatista, que señala que el bien jurídico en las insolvencia punibles solo se referiría a un aspecto patrimonial; una teoría supraindividual o colectiva, para la cual lo protegido es un bien de carácter económico; y por último, una teoría mixta, en cual se comprenden ambos aspectos – patrimonial y socioeconómicos – protegidos en estos delitos. A continuación ahondaremos en cada una de ellas.

1.1.3.1. Posiciones individualistas o privadas

Estas teorías señalan que las insolvencias punibles consisten en delitos contra el patrimonio, por lo que el bien jurídico protegido es en estos casos el patrimonio particular de los acreedores del quebrado, específicamente, el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos. Como señala el autor Miguel Bajo Fernández, no se intenta proteger nada más allá que las pretensiones de los acreedores al cobro de sus créditos²⁵, tras el

²⁴ BUSTOS, 1990, Ob. Cit, pag 11.

²⁵ BAJO, M. 1978. Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial. Madrid, España. Ed. Civitas. Pag 169.

incumplimiento obligacional del quebrado, a través de actos dolosos o culposos de aquel.

La idea de que algunos ilícitos tengan una connotación económica y se refieran a un orden socioeconómico de importancia social, no quiere decir que sean de naturaleza diferente a los delitos contra intereses patrimoniales. Francisco Muñoz Conde señala que "...la tendencia a la creación de un Derecho penal económico no debe hacernos olvidar que el bien jurídico en la mayoría de estos delitos es un bien jurídico de carácter personal, por más que su trascendencia en intereses económicos de carácter social deba ser tenida también en cuenta en la reformulación de algunos tipos delictivos patrimoniales tradicionales o en la creación de nuevas figuras de delitos capaces de captar esa dimensión socioeconómica"²⁶. Señala que es la misma delincuencia, a pesar de que se creen nuevos tipos de delitos patrimoniales, pues esto se realiza con el solo efecto de contrarrestar las modernas formas de criminalidad. Y, termina apuntando que no debe dársele mayor relevancia a la distinción entre delitos contra el patrimonio y delitos contra el orden socioeconómico. En cuanto a las insolvencias punibles, para Muñoz Conde el bien jurídico es - al igual que para Bajo Fernández - el derecho al crédito que tiene el acreedor, consistente en el derecho a satisfacerse en el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento.

²⁶ MUÑOZ, F. 2004. Derecho Penal. Parte Especial, 15 ° Edición. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch. Pag 364.

Apelar a la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales en los ilícitos de la quiebra, significaría proteger intereses demasiado generales y difusos, siendo que sólo son consecuencias de la protección de aquellos valores fundamentales y tradicionales. Además, no sería aplicable respecto de delitos de menor envergadura, ya que en esos casos no se ve afectado el orden socioeconómico, ya que se trata de figuras delictivas en que sólo participan acreedor y deudor, en términos simples. Y en este sentido, no debe confundirse, como plantea Muñoz Conde, "...los intereses concretos de los acreedores con el interés en el funcionamiento de la economía crediticia en su conjunto. Ciertamente el perjuicio de los primeros pone en peligro el interés colectivo, pero lo decisivo en la creación del tipo sigue siendo el interés concreto individualizado"²⁷. La protección de bienes jurídicos supraindividuales, es una consecuencia indirecta o mediata de la incriminación de los delitos de quiebra, pues "...esta faceta únicamente incide en la justificación político-criminal del delito (legitimidad en abstracto), y no en la caracterización del bien jurídico-penal en concreto..."²⁸.

Muñoz sostiene también como argumento procesal en favor de un bien jurídico individual, la obligatoria declaración de quiebra para ciertas hipótesis, en la medida en que no tendría sentido que en casos de proteger un bien jurídico de mayor entidad (supraindividual), se supedita su resguardo a una

²⁷ Ibid, pag 396-397.

²⁸ MARTINEZ-BUJAN, C. 2002-2003. Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes. [Estudios penales y criminológicos](#), N.º. 24. España. Pag 451.

declaración civil: "...para una concepción macrosocial no puede tener mucho sentido que unos hechos de tanta importancia para la economía en su conjunto, queden supeditados en su persecución penal a una previa declaración civil de la quiebra..."²⁹.

Dentro de esta misma postura privatista, algunos plantean que el objeto jurídico afectado es la "par conditium creditorum o igualdad de los acreedores", en la medida en que se daña el derecho a repartirse el patrimonio del fallido y a que esa repartición sea en igualdad, basándose en los mismos argumentos para considerar un interés individual.

En nuestra legislación esta posición es la de mayor aceptación en la doctrina. Los autores se basan en el hecho de que anteriormente el Código Penal los incluía dentro de aquellos delitos contra la propiedad, en los artículos 463 al 465 (actualmente derogados); y además se agravaba o atenuaba la pena dependiendo de la entidad del perjuicio sobre los créditos de los acreedores.

Las posiciones que plantean la protección de bienes socioeconómicos en este tipo de delitos, discuten estos argumentos, exponiendo que estas teorías parten de una base errada, en cuanto el delito no es la quiebra propiamente tal, sino el de cometer alguna de las conductas típicas establecidas en la ley, las cuales no necesariamente son causas de la quiebra, por cuanto muchas se llevan a cabo con posterioridad o en razón de la insolvencia. Juan Esteban

²⁹ MUÑOZ, 2004, Ob Cit. Pag 396-397.

Puga explica esta situación y expone además, que la idea de evitar un perjuicio en el patrimonio del acreedor mediante la sanción de estas conductas, desconoce aquellos casos de quiebra sin perjudicados, y en donde es posible pagar a todos los acreedores efectuada la liquidación³⁰. Por último, indica que la defraudación del pago de los créditos no se produce "...por un acto positivo del fallido, sino por la destrucción o mala administración que éste hace de su patrimonio, mal manejo que ha de repercutir en los acreedores: el fraude está en poner en peligro por negligencia o dolo, real o ficticiamente, la garantía en que los acreedores reposaron al otorgar sus créditos"³¹.

Para Juan Bustos el problema de aceptar el patrimonio como interés protegido, va en el hecho de que tipificar esta figura delictiva a partir de este criterio implica en ciertos casos despenalizar la quiebra, pues se requiere la acreditación de elemento subjetivo en donde "tanto el investigador como el juzgador tenga que llevar a cabo toda una investigación de como se realizó el engaño o el ardid respecto de la otra persona"³². De esta forma, considerando las particularidades de los delitos socioeconómicos, la investigación de como se realizó el fraude, en su aspecto subjetivo, resulta más difícil por cuanto se desarrolla en ámbitos complejos en que intervienen diversos sucesos desarrollados por una gran cantidad de actores. Es así que estos tipos legales

³⁰ PUGA, Ob Cit, pag 56-57.

³¹ Ibid, pag 58.

³² BUSTOS, 1994, Ob Cit, pag 6.

se formalizan tratando de “eliminar todo tipo de elemento subjetivo, justamente por la dificultad de prueba de los elementos subjetivos”³³.

Las críticas a las teorías microsociales se dirigen en primer lugar a la consideración de la insolvencia como el delito. En segundo lugar apuntan al hecho de que el patrimonio no puede ser el bien jurídico en los delitos de quiebra, puesto que como primer punto, proteger el patrimonio como tal paralizaría el tráfico jurídico económico, y por tanto no puede ser protegido al igual que otros bienes individuales, como la vida por ejemplo; y como segundo punto, sancionar el incumplimiento por medio de persecución penal implicaría que contraer deudas sería ilícito, lo cual podría dar lugar a la prisión por deudas³⁴. En tercer lugar, la alusión a la *par conditum creditorum* como objeto jurídico del delito, tiene el problema de que no en todas las quiebras se producirá una desigualdad en la distribución del patrimonio del acreedor. En definitiva, el patrimonio no puede servir de criterio para la concretización del bien jurídico protegido, puesto que no permite configurar adecuadamente el injusto: “...ciertamente, no se puede definir el bien jurídico de la quiebra desde una perspectiva microsocia (patrimonialista), pues entonces la intervención punitiva carece de fundamento y sería simplemente la protección de derechos

³³ Ibid, pag 7.

³⁴ La prisión por deudas está excluida de nuestro sistema jurídico. El artículo 7º N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica, disposición aplicable en virtud del artículo 5º de la Constitución, preceptúa que nadie podrá ser detenido por deudas.

subjetivos y no de un bien jurídico”³⁵. Y por último, las teorías patrimoniales desconocen el efecto rebote o “bola de nieve” que puede producir la quiebra de un deudor. Las empresas presentan vínculos con un número amplio de acreedores, los cuales a su vez son deudores de otros y así sucesivamente, con lo cual no solo se trata de una relación entre dos sujetos o partes, sino de una que involucra muchos actores. Señalar que solo se trata de intereses muy generales y difusos, implica anular el efecto concreto que se producirá en el sistema económico. Es cierto que ha habido una expansión en la protección de bienes jurídicos colectivos³⁶, lo que no significa que la intervención penal sea ilegítima o que no constituyan un límite válido al *Ius Puniendi* Estatal.

1.1.3.2. Posiciones supra individuales o colectivas o macrosociales.

El punto esencial para estas teorías consiste en la idea de que en los delitos concursales el interés afectado no es uno de carácter patrimonial, sino que uno de carácter socioeconómico. El bien jurídico que se pretende proteger en estos delitos va más allá de la afectación del derecho de los acreedores de exigir la satisfacción de sus créditos sobre el patrimonio del fallido; más bien se resguarda un interés general, en beneficio de toda la sociedad, de carácter difundido, es decir, bienes de carácter colectivos o macrosociales. En estos

³⁵ PUGA, Ob Cit, pag 67.

³⁶ En este sentido, SILVA, J. 2001. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, 2da edición. España. Ed. Civitas.

casos se responde frente a conductas que provocan una alteración en algún campo de la economía.

Dentro de esta misma teoría se discute respecto al tipo de bien jurídico de carácter supraindividual que puede verse afectado.

- a) Delito contra la Economía Pública: se refiere a aquellas posiciones para las cuales la quiebra es una institución de naturaleza marcadamente publicista, y su fundamento es que "...la quiebra es un megaevento social..."³⁷. Puga critica esta idea en cuanto no tendría mucha base positiva, y se equivoca por cuanto, puede haber delito sin daño.
- b) Delito contra la Administración de Justicia: La administración de justicia como bien jurídico protegido es entendido como "...la fiabilidad del establecimiento de los hechos en los procesos judiciales y en ciertas otras actuaciones judiciales"³⁸, es decir, se resguarda la confianza en dicha institución. En este sentido, esta teoría destaca y otorga protección a la estabilidad del proceso concursal y a la declaración de quiebra. El ilícito se relaciona con el hecho de no cumplir o hacer imposible el cumplimiento, pero no el incumplimiento mismo de la obligación. Los delitos económicos suponen poner trabas a la ejecución forzosa y completa de los bienes del deudor. La razón de porqué se trata de un

³⁷ PUGA, Ob Cit, pag 55.

³⁸ MATUS, J - Politoff, Sergio - Ramírez, María Cecilia. 2003. Lecciones Derecho penal chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Pag 525.

interés colectivo, está dada por el hecho de que se considera a los acreedores en general, como una masa, no como individuos, y es por ello que el interés que se afectado es un interés procesal (concurso) público. Ya que mientras que “los delitos contra la administración de justicia se manifiestan en la infracción al dictar sentencia, en el desacato a ella o en el cohecho o prevaricación de quien tiene encomendado ejercer la soberanía en su aspecto jurisdiccional”³⁹, el delito de quiebra en la mayoría de los casos se genera con anterioridad al inicio del proceso concursal. Además se señala que en el fondo, lo que se sigue resguardando es el cumplimiento, y se vuelve a lo buscado por las teorías privatistas. Sin perjuicio de ello, existe algunas hipótesis de quiebra en nuestra legislación que tienen un sentido puramente procesal, que son aquellas figuras de posquiebra, como por ejemplo el artículo 219 n°6 y el 220 n°14 de la Ley de Quiebra.

- c) Delito contra la Fe Pública: Francisco Carrara manifiesta en este sentido que la credibilidad es el alma del comercio, su sustento y resorte fundamental⁴⁰. Puga adhiere a estos planteamientos, pero aclara que más que delitos contra la fe pública, son delitos contra la fe pública crediticia. El problema para estas posiciones puede estar dado por cómo se entiende el concepto de fe pública, puesto que si lo relacionamos con

³⁹ PUGA, Ob Cit, pag 60

⁴⁰ Ibid, pag 57.

la idea de autenticidad o veracidad, éste no es realmente el objeto del delito de quiebra (sin perjuicio de que en alguno de sus presupuestos se puede ver afectado este ámbito).

- d) Delito contra el Tráfico Comercial: tiene que ver con un correcto ejercicio de las reglas que rigen un sistema económico. Esta teoría peca de ser muy estrecha por cuanto, la quiebra no solo está ligada al comercio, sino que tiene que ver también con la actividad empresarial. Y peca a la vez de ser demasiada amplia, por cuanto el concepto de tráfico comercial resulta ser demasiado vago.
- e) Delitos contra el Sistema Crediticio. Este criterio fue introducido desde la doctrina alemana por Tiedemann, y es compartida por autores como Bustos, Puga, y Sandoval. Todos estos autores manifiestan que el objeto jurídico de las insolvencias punibles es de carácter colectivo, supraindividual o macrosocial (cualquiera sea la expresión que se utilice para diferenciarlos de aquellos bienes individuales o patrimoniales). Así opina Sandoval, al señalar que "...deben ser sancionados [los delitos de quiebra] cuando importan un atentado al bien jurídico macro-social..."⁴¹. Entienden que la quiebra se trata de un delito económico, que afecta el funcionamiento del sistema económico, y por tanto un interés de carácter macrosocial. No se trata solo de un problema entre acreedor y fallido,

⁴¹ SANDOVAL, R. 2007. Derecho Comercial, Tomo IV, 6ta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, pag 219.

sino de un conjunto actores económicos, unidos en redes de obligaciones económicas, que ven perturbados su participación por cuanto la dificultad de uno también se ve reflejada en otro.

La tendencia actual en estos delitos y en los delitos económicos en general, como señala Bustos⁴², es de replantearse su configuración como delitos patrimoniales, pues aquello llevaba muchas veces a vacíos legales y a la imposibilidad de investigarlos, perseguirlos y sancionarlos debidamente, debido a la aplicación restringida para casos de mayor envergadura, y además la acreditación de ciertos hecho resultaba complejo. Expone que en las teorías privatistas, se produce cierto grado de indefinición al determinar cuál es el bien jurídico lesionado en los delitos de quiebra, pues, junto con el interés patrimonial, igualmente reconocen intereses de mayor trascendencia. Y en este sentido, es menester comprender que las insolvencias punibles transgreden un bien perteneciente a todos y cada uno de las personas de un sistema y que está referido a las relaciones de todos entre sí.

El bien jurídico macrosocial afectado es el sistema crediticio. No es la economía en general (u otros bienes como la administración de justicia, la buena fe, etc) sino que, el funcionamiento del sistema crediticio, puesto que sobre este elemento marcha actualmente el sistema económico preponderante. El crédito nace como el elemento primordial del comercio; la confianza de que

⁴² BUSTOS, 1994, Ob Cit, pag 15.

quienes realizan negocios cumplirán sus obligaciones constituyó, y aún constituye, “el alma, sangre y vida del comercio” – según Francesco Carrara⁴³. Las problemáticas jurídicas que surgieron en el mundo del comercio y el crédito, debieron ser atendidas por el derecho, y fue en este contexto que nace el delito de quiebra como instrumento para sancionar las agresiones a este sistema crediticio, al desmoronar la buena fe que depositaban los acreedores en los deudores, pero no solo respecto de uno y otro, sino a una confianza general como sustento del comercio⁴⁴. Para los sistemas económicos posteriores a la industrialización, (donde se pierde un poco la figura del comerciante y resalta la del empresario), y para los actuales sistemas de mercado, la figura delictiva de la quiebra se hace aún más necesaria, pues el crédito resulta un elemento imprescindible en el ámbito financiero empresarial; cambia tal vez, aspectos formales para adaptarse a las nuevas realidades legislativas, sin embargo, mantiene su función.

Según el profesor Juan Bustos⁴⁵, el problema del bien jurídico tendrá trascendencia en la medida en que determinemos que con el delito de quiebra se protege algo más que el patrimonio o que el solo aspecto defraudatorio, si es que estos intereses ya están efectivamente resguardados; es decir, determinar la necesidad del delito y si el derecho penal es extrema ratio en estos casos. Para ello, resuelve tres observaciones que se hacen frente a la efectividad de

⁴³ CARRARA, F. 1978. Programa de Derecho Criminal, P.E., vol. VII. Bogotá, Colombia. Ed. Temis. Pag 53.

⁴⁴ PUGA, Ob cit, pag 66- 67.

⁴⁵ BUSTOS, 1990, Ob cit, pag 14.

las insolvencias punibles. En primer lugar, se refiere a los pocos procesos y condenas de quiebra llevados a cabo, señalando que es consecuente con el principio de extrema ratio, en la medida en que el derecho penal actúa solo en aquellos casos que no pueden ser resueltos por otras medidas menos graves. Respecto al argumento de que en las quiebras de empresas pequeñas no se produce una real afectación del sistema crediticio, la extrema ratio también resulta ser respuesta, puesto que en estos casos bastará con sanciones de carácter comerciales o administrativas. Y por último, la comprensión de que la insolvencia no es en sí misma una situación susceptible de persecución penal, tiene que ver con el hecho de entenderla como un elemento propio del mercado, que revela una realidad de una empresa. Pero en este orden de ideas, debe hacerse una separación entre la empresa que tiene una participación en el sistema económico y el empresario, por cuanto la sanción va dirigida a éste último en cuanto transgrede el sistema crediticio, lo cual va más allá de la permanencia y viabilidad de la empresa en el mercado.

1.1.3.3. Posiciones mixtas

Frente a estas dos posturas contrarias, nace una más bien intermedia, que propone que el delito de quiebra es un delito pluriofensivo, es decir, que puede afectar distintos bienes jurídicos. Son abarcados tanto bienes de carácter microsociales como macrosociales.

En nuestra doctrina, autores como Garrido Montt entienden que el objeto jurídico protegido en estos ilícitos no es único. Si bien lo relaciona con el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del deudor, señala que junto con ello resulta principalmente lesionada "...la intangibilidad de obligaciones y relaciones de naturaleza económica crediticia creadas por la actividad desarrollada por el fallido"⁴⁶. Aun cuando considera ambos intereses afectados, el derecho de los acreedores sería algo secundario frente al "sistema de relaciones jurídico crediticias" cuya integridad se pretende mantener.

A nivel internacional, K. Tiedemann declara, en este mismo sentido que, inmediato a los intereses de los acreedores, se acoge un interés jurídico supraindividual, cual es la funcionalidad del sistema crediticio (no simplemente la economía en general)⁴⁷.

Lo rescatable en este tipo de teorías es que consideran esos intereses macrosociales, e incluso, llevan a un segundo plano, aquellos intereses microsociales (derechos de los acreedores). De hecho, Tiedemann indica que un análisis empírico-criminológico permite determinar que los hechos constitutivos de delitos de bancarrota, pueden lesionar o poner en peligro otros intereses, distintos a los de los acreedores del fallido; y por tanto sería incorrecto determinar que el único bien afectado es el dirigido a la relación

⁴⁶ GARRIDO, M. 2007. Derecho Penal, 4ta ed. Santiago, Chile. Ed. Jurídica de Chile. Pag 310.

⁴⁷ TIEDEMANN. 1985. Ob. Cit, Pag 216- 217.

básica entre deudor y acreedor, desconociendo los efectos negativos sobre el sistema económico de la financiación de las empresas⁴⁸.

1.1.3.4. Observaciones de Bernardo Feijoo Sánchez⁴⁹.

Un análisis diferente es el que hace Bernardo Feijoo respecto a la doble dimensión que tendría el delito concursal, definiéndolo como un delito patrimonial que puede afectar al orden socioeconómico, y que desvía la discusión fuera de las controversias respecto del bien jurídico.

En términos generales, señala que lo que hace la diferencia entre los delitos clásicos patrimoniales y aquellos contra el orden socioeconómico es que se ocupan de aspectos de la vida social distintos, pero su función es muy similar, pues tanto el derecho penal como el derecho penal económico tienen como función, sancionar aquellas conductas que resultan perturbadoras para la vida social, independientemente de que esos comportamientos lesionen intereses individuales o colectivos. Es por ello, que más allá de la posición al cual se adscriba, las insolvencias se enfocan en la disfuncionalidad de los actos (fraudulentos), y por tanto "...el Derecho Penal no debe intervenir siempre que alguien no se haya comportado como un buen, diligente o razonable empresario o agente económico, con independencia del perjuicio que cause, sino solo cuando en su comportamiento existe un plus de injusto que no deje otra

⁴⁸ Ibid, pag 37.

⁴⁹ FEIJOO, Ob Cit, pag 123 – 157.

alternativa que el castigo para evitar la desintegración del orden social y económico”⁵⁰.

Al igual que Juan Bustos, Feijoo se pregunta cuál es la función que cumpliría el delito concursal y que no la cumplen otros tipos de delitos, qué es lo que mantiene a esta figura vigente. Esta pregunta se responde mediante la discusión doctrinal en torno al bien jurídico protegido. Defendido es el hecho que estructuralmente se configura como un delito contra un bien individual patrimonial (sujeto activo, sujeto pasivo y como resultado un perjuicio a los acreedores). Pero también se argumenta que, se dirige contra un bien de carácter colectivo, el “*sistema económico crediticio*”, como un aspecto del orden socioeconómico.

Sin embargo, este autor entiende que desde ambas posiciones el debate esta desenfocado. Por un lado, las teorías que se basan en un objeto jurídico colectivo, olvidan que el sistema crediticio no es más que una función propia del derecho penal de dar estabilidad a la confianza en la vigencia de las normas, en este caso, la mantención del orden o sistema económico; “...la confianza es la consecuencia de una adecuación entre lo que prescriben las normas y la realidad social, por tanto es un efecto general del adecuado funcionamiento del sistema penal, pero no lo que cada figura delictiva tutela en concreto”⁵¹. Además, es la misma Ley la que entiende que el objetivo del concurso es la

⁵⁰ Ibid, pag 135-136.

⁵¹ Ibid, pag 135.

satisfacción del crédito de los acreedores. Por otro lado, aquellos que solo configuran el delito de quiebra desde una mirada individual o patrimonial, no dan respuesta al hecho de que esta figura penal tenga aún vigencia, a pesar de existir otras figuras que puedan actuar contra este tipo de conductas. Y en este orden de ideas, Feijoo plantea que es necesario hacer una correcta interpretación de este delito, y revisar la graduación del injusto y la determinación de la pena, puesto que los problemas según este autor, están dirigidos a la desigualdad y desproporcionalidad en el tratamiento.

Para terminar, con la exposición que hace del tema Bernardo Feijoo y para dar respuesta las preguntas por él planteadas podemos citar el siguiente párrafo: “La razón político-criminal por la que sigue existiendo un delito concursal es porque no existe otra figura delictiva en el ordenamiento jurídico-penal español que permita reaccionar frente a insolvencias que, además de la lesión patrimonial, encierra una dimensión macrosocial”⁵².

1.1.3.5. Comentarios Finales.

Se entiende que aspectos de la vida distintos a los de carácter individual, requieren de protección por parte del derecho penal, pues también existen intereses reales, que tienen que ver con el funcionamiento del sistema social y que sirven de manera necesaria a aquellos bienes microsociales (ligados más bien a la existencia del sistema).

⁵² Ibid, pag 154.

Teniendo presente aquello, podemos señalar que el delito de quiebra es una figura delictiva que mantiene su vigencia, en la medida en que su sanción se dirige en contra de algo más allá que lo estrictamente patrimonial; no es solo o, no es en definitiva, un delito contra el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, sino que es un delito contra algo más general que la concreta relación entre acreedor y fallido. Las conductas constitutivas de este delito ponen en peligro o lesionan la confianza en la que se basa el comercio; afectan el llamado sistema económico crediticio.

La importancia del bien jurídico es que define aquello que debe proteger el derecho penal, y está determinado a partir de valores que son relevantes para la existencia y funcionalidad de la sociedad. Sin querer ser eclécticos en nuestra postura, es cierto que como consecuencia de la sanción de las insolvencias punibles los acreedores pueden verse en cierta forma satisfechos, sin embargo, el fin inmediato del derecho penal en este caso es resguardar el sistema crediticio que se ve desestabilizado con un comportamiento contrario a su marcha. El crédito es el elemento principal sobre el cual se desenvuelve la economía, en cuanto hace posible la actividad comercial entre la generalidad de los comerciantes. Y en este sentido, estamos de acuerdo con quienes critican la confusión respecto a que el delito es la insolvencia o la quiebra, pues esta solo constata una realidad a efectos de que ni los acreedores, ni el fallido, como sujetos económicos, resulten afectados.

Si bien se indica por las teorías individuales, que el delito concursal estructuralmente se configura como un delito contra el patrimonio, es necesario que el derecho penal, por medio del derecho penal económico en este caso, se adapte a las nuevas realidades y responder a aquellas necesidades de carácter político-criminal, modificando si se requiere su estructura.

1.2. Criminalidad Económica y Empresarial

En los apartados anteriores, se conceptualizó al Derecho Penal Económico y los delitos económicos en base a la figura del bien jurídico. Sin perjuicio de ello, la empresa, como actor principal de la criminalidad económica, es un factor relevante en esa conceptualización. Y en este sentido, Hernán Hormazabal Malareé explica que el autor debe situarse en el cuerpo del injusto, el cual se forma a partir o tiene como base el bien jurídico⁵³. La inclusión de la figura del autor – como criterio penal y criminológico de la ejecución de este tipo de conductas delictivas, es lo que también ha permitido la construcción y extensión del concepto de Derecho Penal Económico⁵⁴.

La criminalidad económica esta intrínsecamente relacionada con las sociedades en las cual se genera. Por tanto, en tiempos modernos esta delincuencia viene determinada muchas veces por el fenómeno de la globalización, en el cual las barreras se reducen y las libertades se extienden,

⁵³ HORMAZABAL, Ob cit, pag 198.

⁵⁴ TIEDEMANN, Ob cit, pag 32.

prevaleciendo un modelo económico de libre comercio, que tiende a fomentar la criminalidad, y en donde existe un menor manejo por parte del Estado; es una criminalidad compleja, en cuanto la sociedad lo es también. Silva Sánchez señala en este sentido que "...la delincuencia de la globalización es económica, en sentido amplio (o, en todo caso, lucrativa, aunque se pongan en peligro otros bienes jurídicos)"⁵⁵, y en este sentido, se caracteriza por ser una criminalidad organizada, es decir, que actúa un colectivo de personas bajo una cierta estructura; internacional; y de los poderosos, en cuanto los efectos son mayores tanto económicos, sociales y políticos. Respecto a los actores, se trata de una delincuencia en masa e indeterminada, que puede comprender muchas víctimas o sujetos que se consideren así, y en donde se hace complicado reconocer a los responsables de los hechos delictivos⁵⁶.

Es generalizada la idea de que el principal - no el único - actor en este tipo de delitos, es la empresa como agente económico. En este sentido, es posible entender el Derecho Penal Económico como aquel Derecho Penal de la Empresa y de las relaciones entre éstas, y de su comportamiento en la vida económica. Esto se debe a que como señala el autor Carlos Pérez Del Valle, son entendidas como "la célula esencial en la estructura y el desarrollo económico"⁵⁷; han ido tomando un rol importante como agente económico. La

⁵⁵ SILVA, J. Ob. Cit, Pag 83.

⁵⁶ ZUÑIGA, Ob Cit, pag 77-78.

⁵⁷ PEREZ, C. 2005. Introducción al Derecho penal económico. En: BACIGALUPO ZAPATER (dir.), Curso de Derecho penal económico, 2ª ed. Pag 20.

dinámica en que se desenvuelven estos entes, le da características especiales a los delitos cometidos en su seno, y así mismo se configuran como las principales causas de los problemas que se generan al momento de determinar la autoría y participación en estos ilícitos; tema que será tratado en el tercer capítulo de este trabajo.

En primer lugar se puede indicar que, la empresa es un órgano complejo, diferente al antiguo empresario unipersonal. Se organiza en base a dos principios: en un plano horizontal, al principio de división del trabajo, en virtud del cual se produce un fraccionamiento de las competencias; y en un plano vertical, al principio de jerarquía. Estos principios determinan que las funciones al interior de una empresa se distribuyan y repartan entre diversos y múltiples agentes, superiores e inferiores, con diferentes roles. Bernardo Feijoo señala que: “Dentro de las grandes empresas y sociedades que son potencialmente peligrosas para bienes jurídicos básicos se presenta una atomización o fragmentación de movimientos corporales, decisiones sobre política general, conocimiento sobre riesgos y recopilación de información por parte de las empresas sobre sus efectos en el entorno...”⁵⁸.

En segundo lugar, pero ligado al punto anterior, dentro de la empresa se produce una escisión del poder, entre quienes tienen la titularidad de la empresa, quienes tienen el poder decisorio y quienes ejecuta las decisiones.

⁵⁸ FEIJOO, Ob Cit, pag 3.

Respecto a la escisión entre quienes deciden y quienes ejecutan, la distancia está dada por la información que manejan, puesto que no toda es transmitida a quienes solo se encargan de llevar a cabo los planes. Cuestión que se ve unida a la creciente especialización y diferenciación de funciones.

Tercero, quien ejerce la administración, no siempre está investido legalmente de las competencias para ello (administradores de hecho), pero que puede ejercer con autonomía las funciones que les corresponde como tal. Esta figura del administrador de hecho se debe principalmente a la rapidez con que deben funcionar estos actores en una economía de mercado.

Y por último, en cuanto a la responsabilidad, las empresas se encuentran revestidas de una personalidad jurídica distinta a la de sus miembros⁵⁹.

Resulta útil atender a la clasificación realizada por Schünemann respecto a la delincuencia empresarial, asumida casi mayoritariamente por la doctrina, en cuanto distingue entre criminalidad “dentro de la empresa” (*Betriebskriminalität*) y criminalidad “desde la empresa” (*Unternehmenskriminalität*). El primer término se refiere a aquellos delitos que se llevan a cabo al interior de la empresa por sus miembros, en contra de otros miembros u órganos o en contra de la empresa misma. Y el segundo, a aquellos delitos que se desarrollan por medio de la empresa – como sujeto económico - en interés de ésta y en perjuicio de

⁵⁹ CESANO, J. 2009. 2010. La Imputación Penal en el Ámbito de la Empresa y las Estructuras Omisivas: Bases para su Análisis. Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico. [en línea] <http://www.ciidpe.com.ar/areas_general_dpe.php/area1/imputacion%20en%20el%20ambito%20de%20la%20empresa%20Cesano.pdf>[Consulta: 15 de enero de 2012]. Pag 350.

un tercero⁶⁰. José Daniel Césano se refiere a ellas señalando que cada una de estas categorías de criminalidad empresarial se perfilarían con una tendencia centrípeta y una centrífuga respectivamente⁶¹. Los delitos producidos por una empresa en su beneficio y contra agentes económicos externos son los que califican en mayor medida como delitos de carácter socio-económicos, y respecto a los cuales se centra la presente exposición.

1.3. Particularidades del Derecho Penal Económico respecto al Derecho Penal nuclear.

1.3.1. Expansión del Derecho Penal.

Mientras en la doctrina se han levantado voces que exigen una restricción del ejercicio del Derecho penal⁶², en la práctica, en los ordenamientos jurídicos se ha generado el fenómeno opuesto ampliándose la intervención del ius puniendi a sectores de la realidad que tradicionalmente fueron considerados como inocuos para bienes jurídicos. A esto se agrega que

⁶⁰ SCHÜNEMANN, B. 1988. Cuestiones básicas de dogmática jurídico - penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Anuario de derecho penal y Ciencias Penales, Tomo N°41, [Fasc/Mes 2](#). España. [Boletín Oficial del Estado, BOE](#). Pag 531.

⁶¹ CESANO, J. Problemas de responsabilidad penal de la empresa. En: LOPEZ, M. 2000. El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales: contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal. Buenos Aires. Ed. Depalma. Pag 14.

⁶² Se agrupa como Derecho penal mínimo a estas posturas que pretender restringir el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado. Silva ejemplifica con tres autores estas visiones: así Baratta para quien "el punto de partida de la orientación minimizadora ha venido siendo la estimación de la radical injusticia e inutilidad de la pena, cuya función sería la reproducción de las relaciones de dominio preexistentes, recayendo fundamentalmente sobre las clases subalternas"; en segundo lugar Ferrajoli que establece un paralelo entre el Derecho penal mínimo y el opuesto Derecho penal máximo señalando que se diferencian "bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas"; finalmente la Escuela de Frankfurt que "orientados a la defensa de un modelo ultraliberal del Derecho penal, han venido proponiendo su restricción a un "Derecho penal básico" que tuviera por objeto las conductas atentatorias contra la vida, la salud, la libertad y la propiedad, a la vez que abogando por el mantenimiento de las máximas garantías en la ley, la imputación de responsabilidad y el proceso". SILVA, J, Ob. Cit., pag 23.

las nuevas características de la sociedad han exigido del derecho penal una adaptación para responder de la forma más adecuada para generar la tan ansiada estabilidad social por medio de su actuar. Sin embargo, otras tantas veces la intromisión del Derecho penal en actividades que se encontraban alejadas de su influencia tradicional no es más que una forma simbólica para tranquilizar las exigencias de seguridad de la opinión pública y para que la clase política pueda difundir un mensaje de interés hacia la ciudadanía. Finalmente, y vinculado con lo anterior, se han ido creando nuevas formas de intervención de lo penal como forma de adaptación para satisfacer las necesidades sociales de seguridad. A continuación analizaremos el fenómeno de la extensión del Derecho penal siguiendo la notable monografía de Jesús María Silva Sánchez.

Este autor, parte por advertir que no toda expansión debe de considerarse como una “expansión irrazonable” y por ende negativa, sino que por el contrario existe una que puede entenderse como razonable y legítima. Así, en el entendido de que el Derecho penal protege bienes jurídicos indispensables para la correcta convivencia social, toda expansión orientada por esa máxima se entiende como razonable. De esta forma, en cuanto a la expansión en los objetos de protección todo nuevo bien jurídico que sirva de base para la tipificación de nuevos delitos que provengan de “la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían – o no con la misma fuerza- (...) al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en

nuestros días empiezan a manifestarse como “bienes escasos”, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba (...) el incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas”⁶³, se configurará dentro de lo razonable y propio de la correcta adaptación a la que se debe enfrentar el Derecho penal como instrumento para obtener la pacificación social.

Paralelamente, se agrega como causal de la expansión la aparición de nuevos riesgos que fomentan la ampliación de los márgenes del Derecho penal. Estos riesgos provienen principalmente de la rapidez de la economía y de los avances de la tecnología que en cuanto creadores de nuevos focos de peligro terminan por generar tipos penales, lo que se vincula directamente con el fenómeno del aumento en la punibilidad de la delincuencia no intencional o imprudente por la infracción de deberes de cuidado en el manejo de estas nuevas fuentes de peligro. Por esto se puede caracterizar a la sociedad, de una primera forma, como una sociedad del riesgo que tiene como principal motivo el aumento de los riesgos de procedencia humana en el entendido de que las amenazas provienen de las decisiones de otras personas que son quienes han de cuidar que los riesgos no deriven en algo dañino⁶⁴.

⁶³ SILVA, Ob Cit, pag 25.

⁶⁴ Señala además que por la creciente competencia propia de la economía de mercado se genera una marginalidad social percibida también como una fuente de riesgos.

También se puede entender a la sociedad como una sociedad de objetiva inseguridad principalmente porque los riesgos ya no son vistos como algo a lo que oponerse o neutralizar, sino que más bien se asumen, buscándose sólo mejores formas de distribuirlos. En segundo lugar, por la fuerte interacción e interrelación de la esfera de organización entre los sujetos miembros de las sociedades terminan por aumentar los resultados dañinos para los bienes jurídicos individuales, con la consecuente lesión hacia ellos. Si se incorpora otro factor, a saber, el que los resultados no se muestren como una consecuencia inmediata, sino que alejada en el tiempo respecto de la causa que lo genera, se termina por considerar como insatisfactoria la visión de los delitos de lesión y, por el contrario, germinan como respuesta múltiples delitos de peligro, y en particular de peligro abstracto en los que ya no se exige el resultado lesivo, sino que basta la mera desobediencia o contradicción entre la conducta del agente con aquella descrita en la ley⁶⁵ para provocar una respuesta del Derecho Penal, alcanzando a sancionar los meros aportes preparatorios.

Vinculado con lo anterior, en particular con la interrelación de esferas de lesión, se ha producido un alza en la transferencia de responsabilidades, y en la correspondiente asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas, lo que ha derivado en un aumento de tipos configurados en la forma de omisión

⁶⁵ GARCIA, P. 2006. La imputación jurídico-penal a los miembros de la empresa por delitos de dominio cometidos desde la empresa. Conferencia pronunciada en Universidad Andrés Bello. Viña del Mar, Chile. Pag 4

impropia o comisión por omisión, en que las conductas activas y omisiones se presentan como equivalentes y resultan ambas igualmente punibles, no obstante en el texto penal la conducta aparece descrita como acción.

Finalmente, desde una visión subjetiva, se puede caracterizar a la sociedad como una sociedad de la seguridad sentida ya que “la propia diversidad y complejidad social, con su enorme pluralidad de opciones, con la existencia de una sobreinformación a la que se suma la falta de criterios para la decisión sobre lo que es bueno o malo, sobre en qué se puede confiar y en qué no, constituye un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad”⁶⁶, lo que resulta en que “ la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos. Expresado de otro modo, existe una elevadísima “sensibilidad al riesgo”⁶⁷. Vistas así las cosas, “en una sociedad en la que se carece de consenso sobre valores positivos, parece que al Derecho penal le corresponde “*malgré lui*” la misión fundamental de generar consenso y reforzar la comunidad”⁶⁸, con lo que termina por aceptarse y valorarse intromisiones que exceden lo razonable tan sólo por producir la apariencia de seguridad pero de forma simbólica.

Como consecuencia de todo lo anterior, se genera una sobrevaloración de la seguridad, lo que conlleva a una menor apreciación de la libertad en

⁶⁶ SILVA, Ob Cit, pag 32.

⁶⁷ Ibid, pag 37.

⁶⁸ Ibid, pag 41.

cuanto su opuesto correlativo, y con ello una disminución de los niveles de riesgo permitido, haciendo más estrictas las exigencias en el actuar riesgoso o simplemente restringiéndose progresivamente las esferas de actuación arriesgada.

Al fenómeno de la inseguridad por los riesgos se agrega como motivo de la expansión “la identificación de la mayoría social con la víctima del delito”⁶⁹, con lo que el Derecho penal deja de ser la carta magna del delincuente y pasa a ser la espada de la sociedad en contra de éstos y en particular contra la delincuencia de los poderosos, lo que provoca una interpretación del tipo más allá de lo que expresamente se señala en la ley, rompiendo los márgenes incluso de la interpretación extensiva y llegando a la tan temible, y con ello prohibida, analogía. Paralelamente a esto, la pena es sentida ya como un instrumento de ayuda a la víctima, pues con la expulsión social del sujeto delincuente se reintegra a la víctima recuperándose la tan ansiada estabilidad.

Ahora bien, se presentan como multiplicadores de la expansión la globalización y la integración supranacional. Sobre esta arista, Jesús María Silva Sánchez señala que “el Derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las

⁶⁹ Ibid, pag 52.

garantías político-criminales, sustantivas y procesales”⁷⁰. Está enfocado primordialmente en una delincuencia económica en cuanto es lucrativa y que desde un punto de vista estructural se caracteriza por ser una criminalidad organizada, por cuanto es realizada por un grupo o colectivo de individuos organizados de forma jerárquica en que los superiores ordenan y los inferiores ejecutan. Se da así una disociación entre ejecución material y quienes deberán considerarse como responsables. Ahora bien, desde un punto de vista material se la puede caracterizar como una delincuencia de los poderosos, en cuanto ya no será un sujeto marginal, sino que provendrán de las más altas clases sociales, por cuanto no cualquiera tiene acceso a los bienes jurídicos en cuestión.

Con todo, la integración y la globalización “tienen un doble efecto sobre la delincuencia. Por un lado (...) dan lugar a que determinadas conductas tradicionalmente contempladas como delictivas, deban dejar de serlo, pues lo contrario se convertirá en un obstáculo a las propias finalidades perseguidas con la globalización y la integración supranacional (...) Pero, por otro lado, los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas (...) Por lo demás, genera la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos

⁷⁰ Ibid, pag 81.

tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico”⁷¹.

Con la integración, ahora en materia penal, se busca evitar la aparición de “paraísos jurídico-penales”, mediante la búsqueda de respuestas armónicas en todos los ordenamientos jurídicos involucrados. Pero esto genera problemas por cuanto los sistemas están constituidos sobre bases culturales que lo condicionan y dificultan la armonización. Pero como compensación, al ser una delincuencia principalmente económica las diferencias disminuyen y puede hablarse de lo occidental como fundamento valorativo común en pos de la unificación.

1.3.2. Administrativización del Derecho Penal

Un fenómeno que ha tenido lugar con la expansión del Derecho Penal y que por su relevancia es conveniente tratar en un apartado independiente es el de la administrativización del Derecho Penal. Ello ocurre en la medida en que el resguardo de bienes supraindividuales no se hace en referencia a los intereses individuales que los contextualiza, sino que el objeto de protección termina siendo el bien supraindividual en sí mismo, “...con lo que se asienta progresivamente la tendencia a provocar la intervención del Derecho penal tan pronto como se afecta un cierto ecosistema en términos que superan los

⁷¹ Ibid, pag 86.

standars administrativos establecidos”⁷². El Derecho penal se convierte así en un Derecho de gestión de riesgos generales, perdiendo la característica de responder con posterioridad a la comisión de un hecho delictivo individual.

Para entender qué implica que el derecho penal se administratice, debemos hacer la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. Inicialmente, se diferenciaban según si se trataba de una lesión éticamente reprochable a un bien jurídico o si constituía un mero acto de desobediencia ético-valorativamente neutro; “...se afirmaba una diferenciación basada en la aptitud de la conducta de lesionar o no un bien jurídico”⁷³. Luego se estableció que aquello que los distinguía era solo algo cuantitativo, es decir, a la mayor o menor medida del injusto. Sin embargo, para el autor Silva Sánchez, es necesario incluir diferencias cualitativas. No solo se relaciona con el injusto sino también con los criterios de imputación ligados a ese injusto y las garantías establecidas para la imposición de sanciones, esto es, la finalidad que persiguen ambos derechos. En el caso del derecho penal persigue la protección de bienes concretos, en cambio el administrativo sancionador, pretende el ordenamiento de sectores de actividad. En cuanto a los criterios de imputación, el derecho penal comprende el de lesividad o peligrosidad concreta y la

⁷² Ibid, pag 123.

⁷³ RIOS, R. 2010. Injusto monopólico. Entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Revista Derecho Y Humanidades, N° 16 vol. 1 [En línea] <http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewArticle/16010/16525>. [Consultado: 18 de junio de 2013] pag 173-186.

imputación individual de un injusto propio, a diferencia del administrativo que solo tiene en cuenta consideraciones de afectación general.

En este sentido, para el Derecho administrativo sancionador el interés está en la generalidad del sector de gestión donde actúa, y por tanto "...no se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial..."⁷⁴. Es por ello que no se basa en criterios de lesividad y legalidad, sino solo en criterios de oportunidad y en el daño acumulativo o derivado de la repetición, sin un análisis valorativo del hecho mismo (comprobación estadística).

Actualmente, el derecho penal ha sufrido una administrativación, por cuanto ha tendido a responder de esta manera frente a los delitos, convirtiéndose además – en palabras de Silva Sánchez- en un derecho de gestión ordinario de grandes problemas sociales (importan más las cifras que la lesividad del comportamiento individual).

Frente al fenómeno expansionista y a la administrativación del derecho penal, parte de la doctrina ha planteado la necesidad de volver a un derecho penal liberal, dirigido a la protección de bienes jurídicos individuales y vinculado a principios garantistas. Pero se cuestiona que realmente haya existido un derecho penal con esas características, por cuanto, podía reconocerse una

⁷⁴ SILVA, Ob Cit, pag 126.

cierta protección del Estado y principios de organización social, y a su vez, las garantías formales harían contrapeso a la imposición de sanciones. Otro sector señala que si no hay un regreso al derecho penal liberal, debería haber una reconducción del fenómeno expansivo al derecho administrativo sancionador.

Sin embargo, el problema de estas consideraciones se sustenta en el hecho de que en un plano teórico-abstracto es posible efectuar el regreso o reconducción, pero en la práctica se desconoce la realidad concreta que propicia y exige la intimación con penas de prisión, en supuestos de hecho administrativizados: "...elude afrontar las razones por las que se ha producido esa inflación penal así como buscar soluciones que, atendiéndolas, muestren la máxima racionalidad posible"⁷⁵. Por ello es que a partir de la relación entre las garantías de un sistema de imputación y la gravedad de las sanciones, es posible admitir la graduación, o la disminución de intensidad de esas garantías, en la medida en que las sanciones para los ilícitos no sean las más graves (prisión). Este esquema guarda ventajas respecto al derecho civil compensatorio, pues mantiene la dimensión sancionatoria y la fuerza del mecanismo público de persecución. Y respecto al derecho administrativo sancionador, guarda neutralidad frente a la política e imparcialidad. Se establece por tanto, un derecho penal con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles.

⁷⁵ Ibid, pag 150.

Más que una modernización del derecho penal, se habla de ampliación , por cuanto la expansión y flexibilización de los principios penales y reglas de imputación, que tienen por objeto responder a las demandas sociales que no son resueltas mediante el derecho penal nuclear, no deben implicar una desnaturalización del sistema de garantías del derecho penal. Se habla de un derecho penal de dos velocidades, en la medida en que es necesario encontrar una solución media entre un derecho penal amplio y flexible y un derecho penal mínimo y rígido, resultando ser una estructura funcional pero garantista a la vez. Se aseguran las bases del modelo clásico de imputación y los principios para el núcleo duro de delitos que tiene como sanción la prisión; y para los demás, se flexibilizan los criterios de manera controlada.

La determinación de la autoría y la participación constituye un tema conflictivo y de necesario análisis en los delitos socio-económicos, en el cual la tensión entre ambas áreas, tradicional y moderna, se evidencia y en donde se hace necesario una revisión de los criterios de imputación tradicionales.

1.3.3. Particularidades del Derecho Penal Económico.

Una sociedad protegerá siempre una serie de intereses necesarios para su subsistencia, cuestión que constituirá el Derecho Penal nuclear. Sin perjuicio de ello, se ve en la necesidad también de proteger bienes ligados a la estructura y funcionamiento del tipo de sistema económico que rige en esa

sociedad, ya sea de mercado o planificada; construyéndose un Derecho Penal Económico de carácter accesorio encargado de esta área.

Existe un cierto conflicto entre ambos derechos, debido a que el Derecho Penal Económico nace para responder a nuevas situaciones, que no existían o no tenían la relevancia para ser consideradas al momento de conformarse el Derecho nuclear, y por tanto debe adaptarse o acomodarse al armazón y principios dogmáticos que presiden a los delitos tradicionales. Se trata de nuevos intereses o bienes jurídicos que exigen protección y más aun con el dinamismo con que funciona la economía⁷⁶. Frente al fenómeno expansionista, tratado previamente, los conflictos entre el Derecho Penal Nuclear y el Económico, se hacen más evidentes por cuanto los delitos cometidos en un contexto económico han sido tratados por la mayoría de las legislaciones como delitos administrativos, ya que son vistos como meras infracciones del deber o desobediencias y no se dirigen a la protección de bienes jurídicos necesarios para la organización y subsistencia de la sociedad. Por lo tanto, la pugna de ambos derechos se produce al intentar darles un enfoque distinto que difiere en cuanto generación, funcionamiento, aplicación y resultados del actuar del derecho sobre ellos.

⁷⁶ BALCARCE, F. 2007. Derecho Penal Económico. Origen multidisciplinario, caracteres y matices de su Parte General. Seminario sobre delitos económicos y recuperación de activos de origen delictivo (20 de junio de 2007). Policía Judicial de la Ciudad de Córdoba, I.N.E.C.I.P. Córdoba, Argentina.

Lo que hace particular a este moderno derecho del tradicional, son todas aquellas características privativas de las figuras delictivas económicas y que las hacen a su vez diferenciarse de aquellas por las cuales se originó el derecho penal propiamente tal. Por tanto, aun cuando debe observar aquellas máximas y los preceptos de un ordenamiento clásico, no puede dejar de respetarse la mecánica de los fenómenos delictivos frente a los cuales se generó. Así señala Carlos Martínez-Bujan, al tener en cuenta que: "...no lo es menos que tales estructuras y reglas no pueden ser trasladadas acríticamente y sin modificaciones al ámbito socio-económico. Precisamente, y al igual que sucede en otros sectores significativos del motejado como el Derecho penal <<moderno>>, este es el reto fundamental que tiene planteado el Derecho penal económico en la actualidad, a saber, acomodar los tradicionales principios de imputación a las características de los nuevos delitos..."⁷⁷.

1.4. Excurso: Estado Actual de la discusión sobre el bien jurídico como fundamento de legitimación del Derecho Penal.

Aunque en la dogmática penal parece asentada la idea de que el jurista sólo debe enfocar su estudio partiendo de la base del derecho ya existente, algunos autores como José Luis Díez Ripollés han preferido cambiar este paradigma adelantando el estudio a una fase en la cual se busca someter al legislador a un ejercicio de racionalidad en la formación de las normas legales

⁷⁷ MARTINEZ-BUJAN, C. 1998. Derecho Penal Económico: parte general. Valencia, España. Ed. Tirant Lo Blanch. Pag 28.

en atención a la escasa importancia que se le da a la ley en favor de la Constitución como norma principal y a los reglamentos como norma de regulación detallada.

Las razones para ellos serían el poder superar las trabas impuestas por el positivismo jurídico que parte del estudio del derecho desde las normas ya existentes dejando la formulación a la entera discrecionalidad del legislador y porque enfocándose en la creación misma es posible introducir de forma correcta contenidos de otras ciencias sociales, lo que hace leyes más ricas en contenido y no meros esqueletos que requieran ser completadas por otras normas de inferior jerarquía.

En relación con el paradigma tradicional, se han dado como posibles fundamentos del derecho penal planteamientos que no satisfacen la necesidad de que éste sea un reflejo fiel de un sistema básico de creencias del conjunto de la sociedad, cuya protección sea indispensable para la correcta coordinación de los planes de vida de los integrantes del grupo, en el entendido de que el derecho penal tiene por finalidad el garantizar el orden social de la convivencia.

Para cumplir con ello y obtener la tan deseada legitimidad y una eficiencia de la ley en su aplicación, tendría que partirse por una formulación de un procedimiento racional de creación de leyes que de acuerdo a Díez Ripollés estará configurado por cinco niveles entre los que existirá una interrelación, no

obstante su importancia decreciente, y de cuyo equilibrio resultarán leyes penales realmente representativas.

El primer nivel lo constituye la racionalidad ética que “marcaría el ámbito de juego de las restantes racionalidades”⁷⁸. De aquí emerge “el sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad, y en el que se ha de enmarcar necesariamente el proceder legislativo”⁷⁹. Así en cuanto profundas convicciones culturales de la sociedad se establecerán como contenidos éticos condicionantes de la intervención jurídico penal dentro de los cuales se distinguen los principios estructurales de primer nivel que establece los ámbitos elementales de la intervención. Estos serían los principios de protección que delimitan el contenido; los de responsabilidad que establecen los requisitos del comportamiento perseguible y los de sanción que fundamentan la reacción punitiva.

Vinculado con el nivel anterior se encuentra la racionalidad teleológica que determina los objetivos necesarios de cumplir dentro del sistema. Aquí se da la discusión de los contenidos éticos de segundo orden en razón de que no serían generalmente aceptados, sino que se encuentran acogidos tan sólo por determinados grupos de interés. En este punto cobra especial importancia uno de los criterios que emerge del nivel anterior, a saber el criterio democrático con

⁷⁸ DIEZ, J. 2003. *Práctica y Teoría. La Racionalidad de las Leyes Penales*. Madrid, España. Ed. Trotta, S.A. pag 91.

⁷⁹ *Ibid* pag 92.

el cual se pretende legitimar las decisiones que puedan resultar conflictivas en razón de que se busca establecer son convicciones sociales ampliamente mayoritarias.

En tercer lugar, y subordinado a los anteriores niveles, se encuentra la racionalidad pragmática que busca que los objetivos obtenidos sean realmente posibles de adaptarse a las exigencias reales de intervención. Aquí se debería evaluar que la norma sea posible de cumplir; que se estará en condiciones de responder coactivamente; que con ella se pueda obtener el resultado deseado; que la aplicación contrafáctica produzca los mismos efectos que si las normas fueran cumplidas; y que la aplicación se mantenga dentro de los márgenes de responsabilidad. Con las dos primeras exigencias se busca la efectividad de la norma en su aplicación, mientras que con las tres últimas la eficacia en la obtención de los objetivos de tutela.

Finalmente, la racionalidad jurídico-formal que busca conseguir un sistema jurídico coherente y la racionalidad lingüística que pretende que las normas sean comprensibles en cuanto a su contenido.

De acuerdo a dicho procedimiento se terminará por rechazar varios de los fundamentos dogmáticos tradicionales. Así, en primer lugar, aquella teoría que ve en los fines de la pena la base del derecho penal en cuanto sería ésta la que determinaría la configuración de dicha legislación al insertar la idea de

límites al ejercicio del ius puniendi conforme a los resultados a los que se desee llegar con la aplicación de la pena. Pero se critica el fundamento así entendido porque “cimentar toda la fundamentación del derecho penal en torno a la justificación de los fines de la pena supone, en primer lugar, un drástico recorte de los contenidos legitimadores de aquél y sus racionalidades ética y teleológica en particular: las decisivas cuestiones sobre los contenidos de tutela, las estructuras básicas de exigencia de responsabilidad o incluso el sistema de penas quedan colocadas en segundo plano frente a la omnipresente cuestión de qué tipo de efectos es legítimo lograr con la sanción”⁸⁰.

Otros ven en la contraposición entre utilidad y validez la que da sentido al derecho penal. Para esta doctrina no será únicamente la teoría de los fines de la pena el fundamento, sino que además, y con la misma importancia, se incorporan principios garantistas con lo que se pretende obtener una utilidad conforme a los primeros y validez conforme a los segundos. Pero “tal distinción rompe una cadena de decisiones, fuertemente arraigada en el mundo de la vida o sistema de creencias, en la que se realiza una mezcla difícilmente separable entre valores e instrumentos. Los elementos de la racionalidad ética nacen en gran medida de la intersección de ambos aspectos, no de su separación”⁸¹.

Por otro lado, y en último lugar, habrá de rechazarse la postura que ve como fundamento el principio de proporcionalidad con el que se pretende

⁸⁰ Ibid pag 119.

⁸¹ Ibid pag 127.

incorporar contenidos valorativos sobre la teoría de la incriminación, partiendo de la base de protección de bienes jurídicos. No obstante que se consiga abarcar tanto referencias utilitarias como valorativas se la critica por “no haber sido capaz de desengancharse plenamente de la dinámica de confrontación entre fines de la pena, por un lado, y límites del ius puniendi, por otro (...) El principio de proporcionalidad acogería, en este caso, los límites a imponer a un Estado que tiene las manos demasiado libres a la hora de decidir qué comportamientos hay que prevenir, dado que el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos no parece suponer un freno suficiente, incluso si se conecta a ciertas referencias externas como la Constitución o la funcionalidad social”⁸².

Entonces, por la necesidad urgente de superar trampas metodológicas que incluso aparecen en posiciones que anteponen infranqueables barreras en pos de la protección de las personas frente a la potestad punitiva del Estado, es que Díez Ripollés considera que “las claves para obtener un modelo estructural adecuado para verter en él la racionalidad ética del derecho penal hay que buscarlas (...) Por un lado, en las tres decisiones políticocriminales básicas que fundamentan el derecho penal, a saber, la de mantener el orden social básico mediante la evitación de los daños o riesgos más graves para bienes fundamentales para la convivencia; la de incidir sobre unos de los factores

⁸² Ibid pag 130.

decisivos en la producción de tales perjuicios (...) y la de neutralizar tales conductas mediante el control social (...) Por otro lado, en los elementos integrantes del subsistema de control social que es el derecho penal, es decir, las normas, las sanciones y el procedimiento de verificación de la infracción de aquéllas y la determinación e imposición de éstas⁸³. De estas emanarán los principios de la protección⁸⁴, de responsabilidad⁸⁵ y de la sanción⁸⁶.

Es por lo anterior que dentro de la construcción de una racionalidad ética a partir de la cual se delimite la función legislativa penal, debe determinarse un criterio que legitime la adopción de concretas decisiones controvertidas en este tema, cuando estas ya no pueden responderse a partir de las creencias compartidas por los miembros de la sociedad. Se trata de un criterio “éticamente problemático”⁸⁷, que ha dado lugar a diferentes propuestas en la dogmática penal. Se presentan una serie de propuestas, tomando preferencia

⁸³ Ibid pag 136.

⁸⁴ Como ya se señaló estos principios delimitan los contenidos de tutela y son: En primer lugar, el principio de lesividad que establece que el derecho penal sólo debe intervenir sobre las conductas que afectan la convivencia social externa al alterar los planes vitales de otros de forma sustancialmente dañina; en segundo lugar, el principio de fragmentariedad conforme al cual del total de conductas dañinas el instrumento penal sólo se hará cargo de las más graves que es lo que legitima la intervención; En tercer lugar el principio de interés público que limita la intervención solo a los casos que afecten las necesidades del sistema social en su conjunto; y finalmente el principio de correspondencia con la realidad en relación a que la aplicación de los principios anteriores sean verificables conforme a las ciencias empírico sociales.

⁸⁵ Que hacen referencia a los requisitos del comportamiento perseguible y son: El principio de certeza o seguridad jurídica conforme al cual el ciudadano debe tener conocimiento de las circunstancias constitutivas de responsabilidad para adaptar su comportamiento a dichas exigencias; el principio de responsabilidad por hecho exigiéndose responsabilidad sólo por conductas externas; principio de imputación que señala los criterios para atribuir un comportamiento a una persona; principio de reprochabilidad por el que se permite eximir de responsabilidad a quien en las concretas circunstancias no pudo evitar el resultado o le era demasiado difícil evitarlo; y el principio de jurisdiccionalidad que se vincula a los procedimientos de verificación de responsabilidad. Se divide en los subprincipios de monopolio estatal, independencia e imparcialidad del órgano que determina la responsabilidad penal, del proceder contradictorio y de actividad probatoria empírica.

⁸⁶ Aquellos que fundamentan la reacción punitiva: principio de humanidad de las penas, principio de los fines de las penas y proporcionalidad de las penas.

⁸⁷ Díez, Ob Cit, pag 166.

por un criterio democrático, exponiendo las dificultades de otros criterios manifestados por la doctrina.

- Criterios ideales. Son aquellas exigencias de un determinado modelo de sociedad condicionado. El problema de estos criterios es que nace de arquetipos ideales de supuestas decisiones tomadas por la colectividad de los miembros de la sociedad, haciendo alusión a un hombre medio. Además, fundamentan el derecho penal solo de manera negativa, como criterios legitimadores del ius puniendi, señalando solo lo que no puede pasar a llevar (derechos fundamentales). Pero en definitiva, se termina aludiendo al ideal normativo de la sociedad, más que a las exigencias reales de esta, es decir, se aleja de las creencias sociales, sin tener un apoyo de la generalidad de los miembros de la sociedad; resulta ser una construcción normativa, que no tiene ningún atisbo de racionalidad a la hora de tomar las decisiones.
- Criterios expertos. Se intenta determinar las necesidades objetivas de la sociedad mediante la investigación empírico social y, de esta misma forma, se hace un análisis de las consecuencias que tendría la aplicación de los distintos instrumentos de intervención. Este procedimiento permite apelar a una cierta neutralidad valorativa, en la medida en que obtienen sus conclusiones mediante un método científico-empírico, sin embargo, esta neutralidad no resulta ser tan así, por cuanto parten de un cierto

modelo de sociedad. Otra crítica que se señala de estos criterios, es que constituye solo el paso previo – necesario si, pero solo inicial - para determinar aquellos fundamentos imprescindibles para tomar las decisiones. Y por último, desconocería la capacidad de decisión y autorresponsabilidad de los ciudadanos de una sociedad democrática capaz de expresarse.

- Criterio Elitista. En este caso quienes formulan las decisiones son determinados grupos de agentes sociales, lo cual permite, a diferencia de los criterios científicos, apreciaciones valorativas, populares. Sin embargo, estas posturas muchas veces llevan al populismo y al excesivo uso del control social jurídico, siendo muchas veces innecesario. Tienen a dejarse llevar por poderes públicos o actores más influyentes en la sociedad
- Criterio Constitucionalista. Mediante dos vías es posible determinar los criterios de racionalidad a partir de la remisión a la Constitución de un Estado. Una vía amplia, en virtud de la cual la Constitución representa un modelo de sociedad y las decisiones valorativas de ésta. Y es a partir de ello que debe rescatarse un fundamento de actuación del derecho penal. El problema según el autor es que "...oculta las bases éticas de la racionalidad penal, a las que pretende sustituir por referencias

positivas”⁸⁸. En cuanto a la vía estricta, que permite establecer que la Constitución es el criterio que justifica la racionalidad legislativa, y que permite determinar, el concepto de bien jurídico como criterio limitador del ius puniendi. Se entiende que no se pueden dar protección a otros bienes que no estén señalados o se puedan derivar del texto fundamental (deberes de no penalización). De esta manera se presenta una estructura general de acción y un sistema de valores que deben ser respetados. Las objeciones que se hacen a esta postura van dirigidos al poco dinamismo o flexibilidad de la Constitución, como instrumento en el que se establecen el conjunto de creencias sociales, para atender a las transformaciones del mundo, y en este sentido, si es posible y cómo se pueden superar estas prescripciones constitucionales. Se señala que en el texto constitucional no se presenta un modelo penal, ni un catálogo de bienes, o una teoría del delito, ni lineamientos que permitan extraer un programa político criminal delimitado. Y menos aun se puede establecer un modelo en base al principio de libertad individual, principal en este contexto, por cuanto la importancia deja de ser la gravedad al ataque de un determinado interés y pasa a ser la gravedad de las sanciones (se protege de forma negativa).

- Criterio Democrático. O criterio de las convicciones generales o de la opinión pública. Habermas define la opinión pública como un fenómeno

⁸⁸ Ibid pag 177.

social elemental, y los describe como "...una estructura de comunicación de pareceres que utiliza un lenguaje natural y se desenvuelve en el mundo de la vida"⁸⁹. Se caracteriza por "...su fuerza de convicción, su renuncia a enfoques expertos y su influencia, además de las conductas ciudadanas, en la formación de la voluntad colectiva institucionalizada"⁹⁰. Para ser una contrapartida de grupo de intereses ligados al poder económico y administrativo, deben asociarse como sociedad civil en base a derechos fundamentales que reflejen el pluralismo de estas uniones, y estar respaldada por medios de comunicación imparciales e independientes que manifiesten las convicciones de manera clara. La importancia de este criterio es que permite reconocer a los ciudadanos como creadores de derecho, pues resulta coherente que los hombres respeten las leyes que ellos mismos se establecen, y en este sentido se entiende que un grupo mayoritario de ellos sean capaces de discutir y tomar decisiones de manera responsable respecto a la forma de convivencia social (democracia participativa y deliberativa), llegando a opiniones compartidas por la generalidad y que se deriven de pareceres que se hayan mantenido constantes y persistentes por un tiempo. Estas características son las que le permiten a la opinión pública constituirse como elemento decisivo de la racionalidad legislativa, por cuanto puede

⁸⁹ Ibid, pag 184.

⁹⁰ Ibid, pag 184.

responder a los cambios de la sociedad y apartarse de intereses de elites o particulares. “No hay en las sociedades modernas otra fuente de legitimación de las decisiones colectivas que la popular. Las referencias a cuadros de valores trascendentes, tradicionales o inherentes a la naturaleza humana o los grupos sociales, adquirirán fuerza legitimante solo en la medida en que obtengan reconocimiento social en un momento histórico determinado”⁹¹.

1.4.1. Detractores, defensores y conclusiones respecto al bien jurídico como criterio de legitimación.

Como vemos, la idea del bien jurídico como criterio de legitimación del Derecho Penal es un tema objeto de discusión. Sus detractores manifiestan el uso abusivo de esta teoría, señalando que permite darle protección a cualquier interés de la sociedad, por cuanto no ha sido posible una conceptualización precisa y clara de lo que se entiende por bien jurídico y de su contenido.

Sin perjuicio de ello, sus defensores manifiestan la relevancia que ha tenido como instrumento de limitación del ius puniendi, puesto que, aun cuando ha debido complementarse con otros parámetros (como el principio de proporcionalidad), ha sido el criterio más visible a la hora de determinar los fundamentos y límites de protección penal. Su virtud está dada por el hecho de que: “De todas formas el concepto de bien jurídico se quita la careta y se

⁹¹ Ibid, pag 187.

muestra como es, cosa que no hace, por cierto, la teoría del Derecho penal como garantía de la vigencia de la norma, cuando es definido de forma precisa y no solo se le usa de modo reconstructivo⁹². Incluso se señala que su aplicación ha sido mayor en los últimos años, en el enfrentamiento del derecho penal a nuevas formas de criminalidad, pues ofrece una estructura más flexible que permite incorporar la punibilidad de estas conductas, la que además permite responder anticipada y proactivamente para obtener la seguridad de la sociedad (muy valorada actualmente).

La Constitución constituye actualmente la fuente de donde es posible extraer aquellas creencias sociales, por cuanto se reducen aquellas directrices a las cuales debe acogerse la legislación. Sin perjuicio, de que en el caso chileno se alude a la falta de representatividad de nuestro texto fundamental, el objetivo original es contener aquellos valores fundamentales de nuestra sociedad. En principio, constituye el trabajo democrático de los miembros de una sociedad, quienes representados en diferentes corrientes políticas en el poder legislativo, elaboran un texto que contenga estos principios decisivos a la hora de tomar decisiones controvertidas en el actuar políticocriminal.

La Constitución tiene y ha tenido por objeto, a partir tanto de los derechos fundamentales como de las garantías institucionales, señalar los límites al

⁹² HEFENDEHL, R. 2007. La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos? Barcelona-Madrid. Ed Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. pag 461.

poder punitivo del Estado “...en interés a la protección de los derechos humanos de todos los intervinientes en un conflicto penal”⁹³.

La relación del Derecho Penal y la Constitución o el Derecho Constitucional, y con ello la figura del bien jurídico como eje central, está dada en primer lugar por el principio de prohibición, en la medida en que la intervención penal solo puede efectuarse dentro de una medida legítima, y esa medida está determinada por el bien objeto de protección. Ello debido a que la amenaza penal ante una conducta se justifica solo si se remite a un fin, que es la protección de un bien jurídico. Y además, en la medida en que la jerarquía o valor que tiene un bien jurídico, establece cuando es legítima una limitación a la libertad general de actuación de los ciudadanos y cuando, no es posible que estos sean amenazados. En segundo lugar, la relación se configura en base a un principio de prohibición de defecto, en virtud del cual el legislador debe sancionar ciertas conductas a objeto de proteger algunos intereses establecidos en la Constitución (deberes de protección), y son esos intereses jurídicos los que obligan al legislador a responder frente a sus ataques. Constituye por tanto el bien jurídico el fin al que debe ceñirse la intervención punitiva, “...es, como se ha demostrado, el fundamento necesario y constitucional tanto para concebir un

⁹³ HASSEMER W. En: HEFENDEHL. 2007, Pag 96.

deber de protección como para determinar los límites a la intervención y su cálculo preciso”⁹⁴.

En este sentido, debemos entender que más allá de las discusiones en torno al concepto o contenido exacto o preciso de bien jurídico, ha permitido constituirse como fundamento y límite de la intervención punitiva estatal, aplicando la Constitución como fuente de aquellos intereses que la sociedad valora y pretende proteger, exigiendo a partir de ello tanto el resguardo de aquellos como la restricción de prohibición de determinadas conductas en la actividad legislativa penal. Y ha sido el texto constitucional parámetro útil y eficiente, puesto que rescata aquellas convicciones generales de los ciudadanos de una nación, determinadas mediante un sistema lo más representativo y democrático posible (entendiendo que existen excepciones, pero que igualmente se intenta buscar ese fin).

⁹⁴ Ibid, pag 104

CAPÍTULO II: EL DELITO DE QUIEBRA.

2.1. El fallido como Sujeto Activo del Delito de Quiebra.

El delito de quiebra es de aquellos que no puede ser cometido por cualquier persona, sino que sólo por aquellos que ostenten una cualidad especial señalada por el legislador, que en este caso será la calidad de deudor o, como se le denomina desde el momento en que se dicta la sentencia que da lugar quiebra, fallido. Pero para que se configuren los delitos cuyas conductas aparecen descritas en los artículos 219 y 220 del libro IV del Código de Comercio⁹⁵ se requiere, además de esa calidad, que dicho deudor realice algunas de las actividades empresariales consideradas de especial relevancia por la ley, a saber comercial, industrial, agrícola o minera, conforme al artículo 41 del mismo cuerpo normativo, reduciéndose aún más el círculo de posibles autores.

Serán estos y no otros deudores, pues se entiende que por su especial rubro inciden de forma relevante en la actividad económica, provocando con sus incumplimientos una perturbación en la generación y circulación de la riqueza dada la reacción en cadena que su quiebra genera en los patrimonios de los acreedores, pudiendo arrastrar a los demás agentes del mercado a un estado similar de insolvencia. Se critica esta decisión de enumerar

⁹⁵Cada vez que se haga referencia a cualquier artículo nos estaremos refiriendo a aquellos que forman parte del Libro IV del Código de Comercio, salvo mención expresa en contrario. Igualmente cada vez que se mencione la ley de quiebra haremos referencia a dicho cuerpo legal.

taxativamente las actividades porque deviene en arbitraria al excluir otros sectores productivos relevantes para la economía que igualmente pueden tener un grave efecto nocivo en el mercado y que, en el caso del delito de quiebra, pueden dañar igualmente el bien jurídico sin que se genere una respuesta de la intensidad que corresponde, pues aquellos deudores no calificados tienen un tratamiento diferente⁹⁶. Es así como existe además la figura del delito de quiebra del fallido deudor civil tipificado en el artículo 466 del Código Penal, de la que se excluyen aquellas hipótesis de deudores calificados que ya son englobados en la ley especial (Libro IV del Cod. De Comercio) que son aquellos que desarrollan actividades agrícolas y mineras que por regla general no son mercantiles. En este caso, al igual que el deudor calificado, debe ser incapaz de satisfacer sus obligaciones e igualmente se configura como un delito especial propio porque el sujeto activo debe ser aquel deudor no dedicado al comercio.

El artículo 466 del Código Penal trata tres figuras en que pueden verse involucrados estos últimos fallidos: el alzamiento de bienes consistente “en la

⁹⁶ Sobre este tema puntualizan Gómez y Eyzaguirre “que el proyecto original de la Ley N°18.175, en lugar de referirse al que ejerciera una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, aludía, en cambio, a la empresa, con lo que se proponía en un comienzo avanzar del concepto de comerciante al de empresario, para distinguir así no entre el comerciante y no comerciante, como lo hacía la Ley N°4.558, sino que entre el empresario y el no empresario (...) Este criterio respondía al propósito de aplicar al empresario un tratamiento más riguroso y severo, por la grave repercusión que tiene el efecto de su cesación de pagos en el entorpecimiento de la circulación de la riqueza y en la perturbación del crédito público (...) No cristalizó en la Ley N°18.175 esta idea de referirse al empresario, especialmente por ser la empresa un concepto más económico que jurídico y por lo mismo, al no tener un significado legal preciso, se prefirió al menos distinguir entre el que ejerciera una actividad comercial, industrial, minera o agrícola de aquel que no la ejerciera, con prescindencia de la organización de trabajo y de capital que tenga su titular adscrita a la producción de bienes y servicios. Al incluirse como actividades las comerciales, industriales, mineras o agrícolas, se consideró que eran las que tenían a la sazón más considerable trascendencia económica, aunque no se reparó que con similares fundamentos bien pudo incluirse además a las pesqueras, ganaderas o forestales, que tienen esa índole igualmente”. GÓMEZ, R. y EYZAGUIRRE, G. 2011. El derecho de quiebras. 2° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pag .526. En particular sobre la dificultad para definir jurídicamente a la empresa Arteaga “En busca del concepto jurídico de empresa”, donde se señalan decenas de conceptos sin conseguir abarcar los diversos elementos relevantes de la realidad empresarial.

fuga del deudor llevándose sus bienes o cualquier otra ocultación patrimonial que no sea causa de la insolvencia”⁹⁷; la insolvencia maliciosa “consistente en que el deudor se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de sus bienes”⁹⁸; finalmente, los contratos simulados que son aquellos en los que “contiene(n) una manifestación de voluntad no real”⁹⁹.

Para efectos de nuestro trabajo no nos referiremos a esta figura, sino que únicamente a la del deudor calificado.

El artículo 1° del Libro IV del Código de Comercio que el fallido puede ser tanto una persona natural como una jurídica, lo que para efectos del procedimiento de quiebras no genera mayores diferencias y complicaciones, pero que respecto del delito de quiebra tiene significativas consecuencias, pues en el entendido que será el deudor fallido el autor del delito de quiebra, se entraría en una grave contradicción con los fundamentos del derecho penal cuando el sujeto sea persona jurídica ya que, salvo por contadas excepciones (tratadas en apartado sobre el fallido persona natural), sólo se origina responsabilidad penal contra las personas naturales, generando, en principio, una tan temida irresponsabilidad empresarial.

Frente a esto el legislador optó por atribuir la responsabilidad a quienes dentro de la estructura corporativa de la persona jurídica corresponda la toma

⁹⁷ PUGA, Ob Cit, pag 228.

⁹⁸ Ibid, pag 229.

⁹⁹ Ibid, pag 230.

de decisiones, que por regla generalísima serán los administradores, diferenciándose de la forma tradicional de atribuir responsabilidad en nuestra cultura jurídica en materia penal que considera autores del delito a quienes ejecutan las decisiones.

Paradójicamente, aquellos son los casos más comunes, pues cada vez que dos o más personas (naturales o jurídicas) se unan en vista de un fin común estaremos en frente de sociedades que, conforme al artículo 2053 del Código Civil, forman una personalidad jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Sobre las formas jurídicas que adoptan las sociedades y su implicancia para determinar la autoría se hablará en el capítulo de la autoría en el delito de quiebra cuando el fallido es una persona jurídica. Aquellas son múltiples y presentan particularidades que conviene analizar por separado.

Ahora bien, son pocos los casos en que el derecho reconoce la posibilidad de emprender un negocio considerando al agente como una persona natural: el primero de ellos es el empresario unipersonal, el segundo la comunidad, y dentro de ella la sociedad de hecho, y, finalmente, un caso bastante peculiar en que la quiebra de una persona jurídica se extiende a los socios, cuando se han organizado como sociedad en comandita comercial, en

relación con sus socios gestores, y la sociedad colectiva comercial (artículo 51 de la ley de quiebra).

El empresario individual¹⁰⁰ emana del reconocimiento tributario de la posibilidad de que un individuo único pueda, ser considerado como empresa tributante del impuesto de primera categoría, usando su personalidad natural, Rut particular, etc.. Aunque pueda parecer una figura sencilla frente a la imagen que generan las grandes corporaciones transnacionales, su estructura puede derivar una bastante compleja, por cuanto, aunque en principio la propiedad y la administración estén concentradas en la persona del empresario, éste sin mayores dificultades puede delegar materias que han de influir en la posibilidad de sufrir una quiebra o que generen hipótesis que la ley ha de considerar como punible. Lo que sí ha de aceptarse es que el fallido será sólo uno: la correspondiente persona natural que haya hecho iniciación de actividades como empresario unipersonal, independientemente a la diversificación de materias relativas a la conducción de la empresa.

El segundo caso, es en realidad una sanción que impone el derecho por el incumplimiento de los requisitos señalados en la ley para la constitución de cualquiera de las figuras societarias existentes. Al no haber sociedad tampoco habrá personalidad jurídica distinta a la de los socios, por lo que serán ellos, en

¹⁰⁰ No confundir al empresario individual con la E.I.R.L. (empresa individual de responsabilidad limitada), ya que el primero es una persona natural que participa del comercio y el segundo es una persona jurídica cuya propiedad la ostenta sólo un titular.

definitiva, los que han de responder como deudores por las obligaciones contraídas y, en caso de incumplimiento, quienes han de ser considerados como fallidos, con la correspondiente responsabilidad penal si se generare alguna figura punible.

El último caso, y a la vez el más curioso, es el contemplado en el artículo 51 de la Ley de quiebras. Así "...de acuerdo al artículo 370 del Código de Comercio, los socios colectivos de una sociedad colectiva mercantil responden solidariamente de las obligaciones sociales, norma que ha de entenderse aplicable a los gestores de una sociedad en comandita comercial, según lo previsto en el artículo 483 del mismo cuerpo legal, quiere decir que la quiebra de esta clase de sociedades importará la quiebra individual de los socios solidarios que la componen, cuya es la regla que sanciona el artículo 51 de la Ley N°18.175"¹⁰¹, actual artículo 51 del Libro IV del Código de Comercio. Esta quiebra no se produce de pleno derecho, sino que por el contrario el juez debe declararla, pero para estos efectos se entiende aplicable la misma causal que generaría la quiebra de la sociedad comercial.

¹⁰¹GOMEZ, R. y EYZAGUIRRE, G, Ob cit., pag 99. Sobre el particular y a efectos de determinar los titulares de la acción penal en los casos de la persona jurídica y las naturales creemos correcto la aplicación de las "disposiciones de los artículos 370 y 380 del Código de Comercio, con arreglo a los cuales los socios responden por la sociedad pero ésta no responde por los socios, la Ley N°18.175 establece que a) En el patrimonio de los socios concurrirán conjuntamente los acreedores sociales y los personales, y b) En el patrimonio social sólo concurrirán los acreedores sociales".

2.2. El Tipo Objetivo del Delito de Quiebra.

2.2.1. Generalidades.

El legislador en vez de tipificar una conducta como constitutiva del delito asociado a la quiebra, optó por enumerar en los artículos 219 y 220 diversas acciones y omisiones descriptivas de los casos en que una quiebra ha de considerarse como punible, sin enunciar una definición del delito. Así, en vez de explicar que es lo que se debería entender por quiebras culpables o fraudulentas, simplemente acude a la casuística para enumerar las conductas que se sancionan como una u otra. Lo mismo sucede con la quiebra fortuita que, en principio, solo puede ser apreciada de forma negativa, como aquella que no es culpable o fraudulenta.

No obstante esto, y dada la similitud que se encontraba la legislación chilena con la española vigente hasta el año 2003¹⁰² en materia de delitos de quiebra, nos remitimos a la doctrina elaborada durante la vigencia de los antiguos artículos 890 y 888 del Código de Comercio Español, para definir el delito de quiebra, de forma preliminar, como aquel que "...consiste en la insolvencia del comerciante judicialmente declarado en quiebra, que encuentra su origen en la falta del orden regular y prudente de una buena administración mercantil cuando tal falta revista una particular gravedad determinada por la

¹⁰² Actualmente, a partir de la ley 22/2003, de 9 de Julio, se califica el concurso sólo como fortuito o culpable, a diferencia del texto anterior, que al igual que el chileno distinguía entre quiebra fortuita, culpable y fraudulenta, incluso las define a cada una.

ley”¹⁰³. Esta definición asimilable en términos generales a la legislación nacional requiere de dos precisiones: en primer lugar, por el régimen de quiebras aplicado en Chile en vez de ser la insolvencia el núcleo de la figura lo es la cesación de pagos como manifestación externa de la situación patrimonial. En otras palabras, no basta con ser incapaz de cumplir con las obligaciones patrimoniales por falta de liquidez en los activos que se encontrarán completamente absorbidos y sobrepasados por las obligaciones exigibles en un momento determinado, sino que es el incumplimiento comercial, como hecho propio de las personas, lo que enciende las alarmas sobre el estado patrimonial del sujeto. En segundo lugar, y como ya se precisó, los sujetos activos cualificados no se restringen al comerciante, sino que se consideran además, conforme al artículo 41, a los deudores mineros y agrícolas, con lo que conviene referirse al sujeto activo como deudor calificado con la finalidad de englobarlos a todos. Se hace la salvedad de que en la legislación española, en el artículo 1º del Código de Comercio se señala que dentro del término comerciante se incluyen los industriales, a diferencia de lo que sucede en nuestra legislación donde se limita el término comerciante a aquellos que realizan actividades de comercio.

De la definición aparece una característica fundamental, y pasada por alto por parte de la doctrina nacional, referente a que entre la conducta típica y

¹⁰³BAJO, M.1993. Ob cit, pag. 143.

el resultado de la cesación de pagos ha de existir o mediar una relación de causalidad o, en otros términos, que la causa del incumplimiento de las obligaciones crediticias sean las acciones u omisiones representativas de un irregular y desordenado ejercicio de la actividad empresarial, por no emprender un negocio conforme lo haría un buen empresario. Las consecuencias de esto, y que luego serán analizadas en profundidad, dicen relación a que no se trata de un delito de mera actividad en el que solo se requeriría la coincidencia entre la conducta del sujeto y la descripción contenida en la ley, sino que además aquella debe tener un impacto tal que termine por provocar la cesación de pagos y con ello la quiebra.

Para establecer esto nos basamos en que la ley no enumera conductas aisladas, sino que las contextualiza dentro de lo que se ha de considerar como causas de quiebras que por su especial gravedad para el correcto funcionamiento del mercado crediticio merecen ser sancionadas al ser ejecutadas. De esta forma, las conductas no pueden desligarse del resultado de quiebra culpable o fraudulenta, sino que por el contrario el delito consiste en producir la quiebra por la generación de un peligro relevante derivado de la conducta adoptada por el deudor en el manejo de sus negocios.

De esta forma, el tipo del delito de quiebra resulta ser complejo, pues deriva de la complementación de diversos artículos. En primer lugar, el sujeto activo queda definido por el artículo 218, en relación con el artículo 41, que

hace mención a quienes han de ser considerados como deudores calificados (deudores de actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas) que, en segundo lugar, por haber realizado alguna de las conductas señaladas en los artículos 219 ó 220 (quiebra culpable o fraudulenta respectivamente) han dado lugar a la quiebra por alguna de las causales determinadas por la ley en los artículos 43, 172, 177 bis, 209, 214 y 251¹⁰⁴. Así “esos hechos – los descritos en los arts. 219 y 220 – solitariamente considerados son ineficaces para conformar el delito de quiebra, sin perjuicio de que puedan dar vida a otro tipo penal; pero para constituir el delito de quiebra necesariamente tienen que ir aparejados de alguno de los comportamientos descritos en el artículo 43, que conduce precisamente a la declaración judicial (...) Se trata de un comportamiento complejo integrado por varios actos de distinta naturaleza, los primeros extrajudiciales y los segundos judiciales”¹⁰⁵. Finalmente, el delito se completa con las sanciones señaladas en el artículo 229, ya sea en su inciso primero si es calificada de culpable o inciso segundo si se califica de fraudulenta.

La principal consecuencia de esta visión es que sin importar que sean varias las infracciones del fallido, el delito de quiebra es considerado como una unidad¹⁰⁶, de esta forma la pluralidad de conductas no hace aumentar el número de delitos cometidos, como podría derivarse de la visión que considera

¹⁰⁴GOMEZ, R. y EYZAGUIRRE, G., Ob cit, pag. 131.

¹⁰⁵GARRIDO, M., Ob cit, pag. 304.

¹⁰⁶ En este sentido GOMEZ, R. y EYZAGUIRRE, G., Ob cit,pag. 523.

al delito de quiebra como de mera actividad. De lo contrario, y como señala Miguel Bajo Fernández, de seguirse una tesis que vea en la cesación de pagos una condición para el castigo del delito, llevaría a consecuencias insatisfactorias como las siguientes: “en primer lugar, (...) habría que admitir tantos delitos como hechos realizados. En segundo lugar, porque los hechos por sí mismos carecen muchas veces de relevancia en el ámbito criminal con lo cual la aplicación de penas tan severas como las previstas en el Código Penal (Código de Comercio en el caso chileno) carecen de justificación. En tercer lugar... (cualquier conducta) por sí sola considerada no lesiona (el) bien jurídico....”¹⁰⁷.

2.2.2. Las Conductas de los Artículos 219 y 220.

Estos artículos señalan lo siguiente:

Artículo 219° La quiebra se presume culpable en los siguientes casos:

1.- Si el deudor ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos;

2.- Si los gastos domésticos o personales del fallido hubieren sido excesivos, habida consideración a su capital, a su rango social y al número de personas de su familia;

3.- Si el fallido hubiere perdido fuertes sumas en cualquier especie de juego, en apuestas cuantiosas o en operaciones aventuradas de bolsa;

¹⁰⁷BAJO, M., Ob cit,pag. 146.

4.- Si el deudor no hubiere solicitado su quiebra, en el caso del artículo 41, o si la manifestación que hiciere no reuniese las condiciones que prescribe el artículo 42;

5.- Si el deudor fuere declarado en quiebra, por segunda vez, sin haber cumplido las obligaciones que hubiere contraído en un convenio precedente;

6.- Si se ausentare o no compareciere al tiempo de la declaración de quiebra o durante el curso del juicio, o si se negare a dar al síndico explicaciones sobre sus negocios;

7.- Si hubiere prestado fianzas o contraído por cuenta ajena obligaciones desproporcionadas a la situación que tenía cuando las contrajo, sin garantías suficientes;

8.- Si hubiere hecho donaciones desproporcionadas a su situación de fortuna, considerada en el momento de hacerlas;

9.- Si no tuviere libros o inventarios o si teniéndolos, no hubieren sido llevados los libros con la regularidad exigida de tal suerte que no manifiesten la verdadera situación de su activo y pasivo. Respecto de quienes no estén obligados a llevar libros de contabilidad, se aplicarán las normas sobre tributación simplificada establecidas por el Servicio de Impuestos Internos;

10.- Si no se conservare las cartas que se le hubieren dirigido con relación a sus negocios;

11.- Si hubiere omitido la inscripción de los documentos que ordena la ley, y

12.- *Si agravase el mal estado de sus negocios durante el período a que se refiere el inciso primero del artículo 177 bis.*

Artículo 220° Se presume fraudulenta la quiebra del deudor:

1.- *Si hubiere ocultado bienes;*

2.- *Si hubiere reconocido deudas supuestas;*

3.- *Si hubiere supuesto enajenaciones, con perjuicio de sus acreedores;*

4.- *Si hubiere comprometido en sus propios negocios los bienes que hubiere recibido en depósito, comisión o administración, o en el desempeño de un cargo de confianza;*

5.- *Si, posteriormente a la declaración de quiebra, hubiere percibido y aplicado a sus propios usos, bienes de la masa;*

6.- *Si, después de la fecha asignada a la cesación de pagos, hubiere pagado a un acreedor, en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una deuda;*

7.- *Si ocultare o inutilizare sus libros, documentos y demás antecedentes;*

8.- *Si, con intención de retardar la quiebra, el deudor hubiere comprado mercaderías para venderlas por menor precio que el corriente, contraído préstamos a un interés superior al corriente de plaza, puesto en circulación valores de crédito o empleado otros arbitrios ruinosos para hacerse de fondos;*

9.- *Si, inmediatamente después de haber comprado mercaderías al fiado, las vendiere con pérdidas;*

10.- Si, antes o después de la declaración de quiebra, hubiere comprado para sí por interposición de un tercero y a nombre de éste, bienes de cualquier clase;

11.- Si no resultare de sus libros la existencia o salida del activo de su último inventario, o del dinero y valores de cualquier otra especie que hubieren entrado en su poder posteriormente a la facción de aquél;

12.- Si, en estado de manifiesta insolvencia, hubiere hecho donaciones cuantiosas;

13.- Si hubiere celebrado convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de la masa;

14.- Si se ausentare o fugare, llevándose una parte de sus haberes;

15.- Si el deudor, dentro del ejercicio en el cual cese en el pago de sus obligaciones o en el inmediatamente anterior, hubiere omitido, falseado o desvirtuado información de aquella que ha debido proporcionar de conformidad a la ley, acerca de su real situación legal, económica o financiera, y

16.- En general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo.

Al configurar por estos artículos a la quiebra punible como culpable o fraudulenta, no se está señalando que en las últimas las conductas sólo sean sancionables a título culposo las primeras y a título doloso las segundas, como

se podría inferir de un análisis literal de los artículos¹⁰⁸. Por el contrario, lo que se hizo fue emplear conceptos civiles¹⁰⁹ (como opuestos a penales) conforme al área del ordenamiento en que se ha de regular la quiebra para efectos de caracterizarla. Así, en la doctrina nacional los autores Rafael Gomez y Gonzalo Eyzaguirre las han descrito como “a) Fortuitas... aquellas independientes de la voluntad del deudor, surgidas de un mal negocio, impericia o inexperiencia en el manejo de una actividad, una crisis económica, un período de recesión, etc. b) Culpables... aquellas surgidas de una descuidada y negligente administración de los negocios, y c) Fraudulentas... cuando existen maniobras dolosas destinadas a engañar o defraudar a los acreedores”¹¹⁰. Ahora bien, en cuanto conductas punibles deben ser realizadas con el conocimiento de que dichas conductas ponen en peligro el bien jurídico sistema crediticio, afectando a su funcionamiento conforme, al menos, a una apreciación de un dolo eventual. Así la clasificación señalada en la ley tiene un carácter eminentemente comercial propia del área del ordenamiento en que se encuentra regulada y que por sí sola no tiene ningún efecto penal.

Más allá de eso, se desprende que lo que hace particulares a las figuras de quiebra fraudulenta es el especial ánimo de perjudicar a los acreedores con el correspondiente riesgo para el sistema crediticio, mediante la consciente

¹⁰⁸ Si las interpretáramos de esta forma caeríamos en el absurdo de sancionar las quiebras culpables tan sólo a título culposo y no doloso.

¹⁰⁹ En este sentido PUGA, J., Ob cit.

¹¹⁰ GOMEZ, R. y EYZAGUIRRE, G., Ob cit, pag. 52.

reducción de garantías, invención de deudas, perjuicios para la masa, etc. por lo que para efectos de sancionarlas se aplican penas de mayor gravedad en comparación con las quiebras culpables. En definitiva lo que distingue entre una y otra variante del delito de quiebra es que, cuando es culposa consiste en emprender actividades empresariales negligentemente y al ser fraudulenta será directamente la intención de perjudicar a los acreedores.

En definitiva, y citando nuevamente a Miguel Bajo Fernández en su análisis de la legislación española, consideramos que los supuestos descritos en la ley de quiebra chilena “cumplen dos funciones. La primera limitadora. En efecto, no es punible toda quiebra no calificable de fortuita, sino sólo aquella que responde a una deficiente administración mercantil de particular gravedad. La limitación a los casos de especial gravedad la hace la Ley enumerando de modo taxativo (y no *ad exemplum*) un elenco de supuesto. La segunda función es indiciaria. La constatación procesal de los hechos sirve como presunción legal de indicios (*presumptiohominis*, no *praesumptio iuris*) que facilitan al juez la tarea de probar la existencia de la deficiente administración mercantil causante del estado de insolvencia”¹¹¹, es decir, al enumerar estas hipótesis se establecen presunciones de carácter legal (las que admiten prueba en contrario), formalizándose el tipo, no siendo necesario que durante el proceso se deban acreditar los elementos subjetivos.

¹¹¹BAJO, M.1993. Ob cit,pag. 152.

2.2.3. Deberes Extrapenales en el Delito de Quiebra y su Vinculación con las Leyes Penales en Blanco.

Una de las particularidades del derecho penal a la hora de tipificar como delictivas las conductas propias de otros sectores del ordenamiento jurídico, es su necesaria remisión a dicha regulación para efectos de describir con precisión las modalidades punibles del ejercicio de las actividades extrapenales. Después de todo, es el derecho penal el que se entromete en dichas regulaciones por lo que debe adaptarse a ellas para sancionar y no alterar el fluido desarrollo de esas áreas. Así, por ejemplo, lo que implique infringir los deberes del comercio señalados en los artículos 209 n° 9 y 10; y artículo 220 n° 11 requiere necesariamente vincularlo a lo que conforme a la legislación especializada pueda entenderse por ellos.

Se denomina a estas normas leyes penales en blanco, entendiéndose por tales aquellas “normas “abiertas” total o parcialmente que se remiten para ser completadas y complementadas a normas de rango inferior a la ley (normas penales en blanco en sentido estricto) o a otras leyes (normas penales en blanco en sentido amplio)”¹¹² lo que “encuentra su fundamento en la existencia de una íntima vinculación de la misma (ley penal) con la normativa extrapenal...”¹¹³.

¹¹²TIEDEMANN, K., Ob cit, pag. 158.

¹¹³MARTINEZ-BUJAN, C. 2002-2003. Ob cit, pag. 122.

Pero esta técnica legislativa, aunque necesaria, no se encuentra exenta de reparos, sobre todo cuando la ley penal se vincula con una norma de rango inferior a la ley, por cuanto de esta situación se deriva una infracción al principio de legalidad que exige que los elementos del delito se encuentren descritos en la ley como instrumento legítimo de autolimitación de la libertad por los ciudadanos. Sin pretender profundizar en la problemática, se trata de calificar de legítimas o ilegítimas dichas remisiones a normas que no presentan el carácter formal de una ley, al no ser generadas por los órganos competentes. Por ejemplo, en el caso particular del delito de quiebra la norma del artículo 219 n° 9, no hace más que entregar la determinación de uno de los elementos constitutivos del delito a un órgano distinto del legislador; lo mismo sucede con el artículo 220 n° 15, ya que esas leyes remitidas pueden remitirse a su vez a normativa emanada de órganos administrativos como el mismo Servicio de Impuestos Internos o las Superintendencias pertinentes. Así, nos parece que ante la posibilidad de sanciones tan graves como las que corresponden al delito de quiebra, dejar librada a la voluntad de la autoridad administrativa la complementación de la ley es una aberración del legislador, considerando además que se trata de materias sumamente complejas en que el cambio normativo resulta permanente como en el caso de las circulares del S.I.I., por lo que resulta fácil evaluar equivocadamente la situación de la empresa con el correspondiente aumento en el número de causas en que el

error de tipo resulta relevante. De esta forma, queda como misión para el legislador determinar con la precisión necesaria todos los caracteres que resulten necesarios para la caracterización del delito¹¹⁴.

De esta forma de configuración de los tipos se derivan dos consecuencias de importancia: en primer lugar, que no cualquier persona pueda cometer esta clase de delitos, sino solo aquellos cuya actividad resulte regulada por tal o cual sector del ordenamiento jurídico; y en segundo lugar, el hecho de que gran parte de las conductas tipificadas lo estén en forma de infracciones a deberes a los que el agente se encuentra obligado por su especial situación en relación al bien jurídico protegido, lo que presenta importantes consecuencias en materia de autoría como se analizará más adelante.

2.2.4. La Quiebra Punible como Delito de Peligro Concreto.

De la simple lectura de los artículos 219 y 220 resalta la idea de que las conductas constitutivas del delito de quiebras culpable o fraudulenta no son por sí mismas directamente lesivas para un bien jurídico. Ninguna de ellas, ya sea concurriendo individual o colectivamente, es capaz de lesionar al sistema crediticio de forma grave ya que muy difícilmente la falta de anotaciones contables o de inscripción de documentos provoque en la economía nacional un estado de crisis. Por el contrario, aun concurriendo estas omisiones

¹¹⁴ MATUS, Politoff y Ramirez, Ob Cit, pag. 96-97; GARRIDO, 2007, Ob Cit, pag. 91-93; BACIGALUPO, E, 2000. Derecho Penal Económico. Buenos Aires, Argentina. Ed. Hammurabi. Pag 53-64.

mediante el procedimiento de quiebra una empresa hundida financieramente puede salir fortalecida en su funcionamiento y todos sus acreedores satisfechos en sus créditos, por lo que el sistema no se vería afectado en última instancia.

Pero no se puede descartar que conductas que busquen perjudicar el fluido funcionamiento del mercado crediticio no sean generadoras de un riesgo que afecte el mercado financiero a un nivel tal que llegue a ser necesaria su punibilidad en pos de evitar que dicho peligro se generalice y se transforme en una real lesión al bien jurídico, afectando a la generalidad de los agentes del crédito, ya que en la quiebra “el incumplimiento afecta al tráfico e interrumpe la circulación de la riqueza, y por lo mismo produce un efecto en cadena, que arrastra a todos a quienes interceden en la actividad comercial y se conculca con ellos además la credibilidad pública”¹¹⁵.

Por ello el delito de quiebra se encuentra configurado como un delito de peligro. Así, mientras la generalidad de los tipos penales miran la acción dañina del objeto protegido, delitos de lesión; en los delitos de peligro, y entre ellos el delito de quiebra, “el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción”¹¹⁶ en los que “el peligro ocasionado respecto del bien jurídico, causado con la ejecución de una determinada conducta

¹¹⁵GOMEZ, R. y EYZAGUIRRE, G., Ob cit, pag. 36.

¹¹⁶ROXIN, C., Ob cit,pag. 336.

constituirá, a su vez, la consecuencia desvalorada”¹¹⁷. Esta decisión legislativa no es un mero capricho, sino que tiene su fundamento en la particular importancia del bien jurídico y en la mejor manera de entregarle protección.

Dicha forma de concebir el tipo no se encuentra exenta de críticas sobre todo al considerar que el derecho penal, como extrema ratio y por la gravedad de sus consecuencias, debe fundar su actuar en la correspondiente protección de bienes jurídicos no resguardables de forma menos gravosa por otro sector del ordenamiento jurídico. Esto, en definitiva, “refleja una opción de carácter político criminal. Así, en estos casos el legislador toma la opción de proteger penalmente un bien jurídico, y transformarlo en un bien jurídico-penal, en base a una doble consideración de merecimiento y necesidad. La primera de ellas (merecimiento) viene dada por la trascendencia o importancia de dicho interés para posibilitar la convivencia entre los miembros de la comunidad (corresponde a un presupuesto de la libertad), mientras que la segunda (necesidad) deriva de la constatación de insuficiencia de los medios de control social, formales o informales, para obtener el debido respeto y protección de dicho interés considerado previamente como fundamental”¹¹⁸.

La legitimidad de la sanción penal en el delito de quiebra, y en cualquier otro, debe ser justificada. Por esto dedicaremos algunas palabras para explicar

¹¹⁷MALDONADO, F. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia N°7, pag. 26.

¹¹⁸Ibid, pag. 26.

cómo conductas no directamente lesivas para el bien jurídico pueden alcanzar a constituir un riesgo real para hacerlas merecedoras de tipificación penal.

Cada uno de los artículos presupone que de las conductas que señalan configuran una quiebra culpable o fraudulenta. O sea, que aparentemente la mera actividad del agente generaría sin más la punibilidad de dicho comportamiento. Así Juan Esteban Puga señala que “las conductas constitutivas de las presunciones de quiebra punible, que denominaremos en adelante tipos penales, no son causa de la insolvencia o cesación de pagos y que, por tanto, ésta no es el resultado típico de los delitos concursales”¹¹⁹. Una visión como ésta haría calificar a los delitos de quiebra como delitos de peligro abstracto, entendiéndose por tales los que “radican el fundamento de la sanción en la mera contravención de una prohibición o mandato legal, que asume la virtud de configurar sobre sí mismo y con una base generalmente apoyada en un análisis estadístico, la concurrencia de peligro para el bien jurídico. Por definición en ese contexto este último concepto (el peligro), por lo mismo, no aparece comprometido en la descripción típica”¹²⁰. Se trataría de acciones u omisiones, por sí solas censurables, que no requerirían la generación de un riesgo para ser sancionables.

¹¹⁹PUGA, J., Ob cit,pag. 42.

¹²⁰ Se agrega como utilidad de los delitos de peligro abstracto el que “con esta misma línea de efectos y particularmente en base a fórmulas fundadas en el peligro, o que lo presumen, se busca la solución de problemas de acreditación procesal (se evita la prueba de resultados y de las relaciones de imputación), promovándose además la punición de actos preparatorios con ese mismo fin”.MALDONADO, F., Ob cit,pag. 29.

Puestas así las cosas, difícilmente se podrá dar cumplimiento al requisito sine qua non de toda punibilidad, a saber la protección de bienes jurídicos ante conductas de relevancia social que resulten graves y riesgosas o lesivas para la integridad de aquel. Esta falta de justificación resulta particularmente grave cuando al revisar las hipótesis de delito de quiebra notamos que muchas de estas conductas individualmente consideradas no son más que infracciones administrativas, por ejemplo el artículo 219 en sus numerales 9 y 10. En el primer caso la sanción está impuesta por un órgano administrativo, que es el S.I.I; y en el segundo, el hecho por sí solo no da lugar a una lesión al bien jurídico.

Con esto no se hace más que transmitir a la sociedad un mensaje de protección, sin que exista realmente un bien jurídico tutelado en el centro del delito. En definitiva, se trataría de excesos del legislador por prohibir conductas por meros datos estadísticos, lo que dicho directamente, sería una ilegítima limitante a la libertad mediante el uso indiscriminado del derecho penal. Se trataría en fin de la negación del principio de ofensividad¹²¹⁻¹²².

¹²¹ “El principio de ofensividad, derivado del fin de protección de bienes jurídicos incardinado en cada tipo penal, constituye un límite al ius puniendi Estatal, toda vez que exige la lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico para la elaboración de un delito, dado que el Derecho penal no castiga meras desobediencias o pretende imponer una determinada visión del mundo y de los sujetos, es decir, no impone pautas morales”. CABEZAS, C. 2010. Los delitos de conducción bajo ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV,pag. 238.

¹²² Ahora bien, desde la perspectiva del sujeto en la culpabilidad como categoría del delito, se produce un atentado a la libertad considerando que en razón de que lo sancionable o el fundamento de la punición sea la acumulación de conductas como nocivas para el bien jurídico termina por hacer “requerir que el sujeto se represente dicha posibilidad que escapa por completo de su control, pues éste individuo no puede hacerse cargo de lo que otros individuos harán o no harán” Ibid,pag. 237.

Ahora bien, en un sentido esquemático, el delito de quiebra comenzará como la causación o agravamiento de un estado de insolvencia que llevará al deudor del sistema crediticio a no cumplir sus obligaciones con los acreedores. Esta situación podría tener innumerables causas desde las que se encuentran en los artículos 219 y 220, hasta circunstancias externas al deudor, como lo sería el pésimo manejo de la economía fiscal por parte de la administración nacional de turno. Así, de ser el delito de quiebra uno de mera actividad, en la primera hipótesis estaríamos sin más frente a las denominadas quiebras culpables o fraudulentas y en el segundo ante quiebras fortuitas. Pero ¿Qué sucede si el agente del mercado realiza inescrupulosamente las conductas descritas en los artículos señalados sin que se produzca una cesación de pagos o sin agravarla a niveles nocivos para el sistema económico? O si, no obstante, la realización de comportamientos descritos en la ley, la quiebra termina por producirse por otros eventos ajenos al deudor, como si, por ejemplo, por los a veces impredecibles vaivenes de la economía nacional, el área empresarial de un deudor calificado se ve profundamente afectada por una crisis produciendo la quiebra inmediata de todos los empresarios del rubro, incluso de aquellos cuya conducta en el ejercicio de su actividad fue intachable ¿Debería ser igualmente punible el comportamiento del empresario que no siguió una recta conducta? Claramente el desvalor de acción se encuentra presente y quizás de forma intensa, pero la acción no generó resultado ni peligro alguno, pues la lesión al

bien jurídico fue producto del azar, considerando que el agente pudo seguir el ejemplo de sus competidores y mantener una recta conducta y caer, aun así, en cesación de pagos.

Pero por el contrario, si se sigue la idea de que lo sancionable es el resultado de quiebra tan solo mediante las acciones descritas en la ley, exigiéndose además de la conducta que exista un resultado mediando una relación causal, ya no nos encontraremos frente a un delito de mera conducta, sino que lo que se convertirá en punible es el resultado del alto riesgo que supone para el bien jurídico sistema crediticio, el resultado de quiebra como consecuencia de la imprudencia en el manejo de los negocios (culpable) o la intención de perjudicar a los acreedores (fraudulenta).

En el caso del delito de quiebra la amenaza al bien jurídico se da por la reacción en cadena que producen los incumplimientos o cesaciones de pago en el sistema crediticio, en que por el no pago de un deudor su acreedor puede caer asimismo en cesación de pagos y así sucesivamente entre los diversos agentes del mercado. Esto hace evidente la necesidad de reacción penal para proteger el bien jurídico ante las provocaciones más graves.

Así de los delitos de peligro abstracto pasamos a considerar el delito de quiebra como de peligro concreto entendiéndose por tal aquellos que

“requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo”¹²³.

Esta es la única forma de configurar a los delitos de quiebra como legítimos y no como efecto de la arbitrariedad del legislador y la afectación a la libertad de las personas, ya que “los únicos delitos de peligro que un Derecho penal de un Estado de Derecho puede aceptar sin causar una tensión insoluble con principios constitucionalmente protegidos, son aquellos en que el riesgo se ha producido efectivamente, impidiéndose, entonces, la elaboración de tipos que sólo contengan una peligrosidad meramente estadística, exigiendo muy pocos datos o antecedentes para concretar el peligro que el legislador, abstractamente, ha considerado inherentes a ciertas conductas. Dado que el instrumento del que se vale el Derecho penal es el más grave del arsenal de sanciones del Estado, su utilización debe quedar reservada, en el caso de los delitos de peligro, a aquellos que provoquen una verdadera puesta en riesgo del bien objeto de protección, no bastando, entonces, una conducta que, por mucho que se adapte a lo preceptuado en la ley, no contenga características que lo hagan potencialmente ofensivo para el bien tutelado”¹²⁴.

¹²³ROXIN, C., Ob cit,pag. 404.

¹²⁴CABEZAS, C., Ob cit,pag. 260.

2.2.5. El Delito de Quiebra como Incremento del Riesgo Permitido: Imputación Objetiva en el Tipo del Delito de Quiebra.

Roxin, en su magno tratado, comienza su estudio sobre la imputación objetiva señalando que “la imputación al tipo objetivo sólo es un problema de la Parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor”¹²⁵. De esta forma, para quienes ven en el delito de quiebra un delito de mera actividad, la puesta en peligro siempre será considerada imputable al autor del comportamiento sin ulterior análisis acerca de la real necesidad de atribuir el carácter típico a la acción. A lo más, se excluirá la punibilidad en los casos de acciones u omisiones culposas ahí donde la ley exija únicamente conductas dolosas.

Pero como hemos demostrado que el delito de quiebra es de resultado, tanto por el absurdo al que llevaría, por ejemplo, la acumulación de actividades como delitos diversos, como por el problema de legitimidad que se produciría al considerar el tipo como paradigma de los delitos de peligro abstracto, estimamos que no basta tan sólo con el resultado de cesación de pagos y la correspondiente quiebra, sino que se requiere, además, que se determine si la causa del resultado es jurídico-penalmente relevante como para ser atribuido a un agente y conforme a ello encuadrar el comportamiento al tipo penal. Por ejemplo en el caso elaborado por Bernardo Feijoo “si las irregularidades

¹²⁵ROXIN, C., Ob cit,pag. 345.

contables o la doble contabilidad no han privado a los acreedores de disponer de una correcta información patrimonial y financiera del deudor o de conocer la realidad patrimonial de la empresa deudora, carecen absolutamente de relevancia”¹²⁶.

Haciendo uso de la teoría de la imputación objetiva se pretende en primer lugar “indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica”¹²⁷. Lo que se consigue si el agente ha generado con su conducta un peligro para el bien jurídico no cubierto por lo considerado como riesgo permitido y dicho riesgo se ha mantenido hasta la provocación del resultado dañino, en consideración al alcance del tipo¹²⁸. Piénsese que las actividades empresariales generan diversos beneficios que conviene fomentar, por lo que tan solo traspasando ciertos límites deben considerarse como punibles¹²⁹, ya que si cualquier riesgo es considerado punible se imposibilitaría el desarrollo social por cuanto “el desarrollo social y tecnológico moderno ha aumentado la cantidad e intensidad de los riesgos, lo que ha llevado al Estado, además de aceptarlos, a establecer los límites de su producción para afianzar cierta seguridad en la convivencia. Pero al hacerlo debe tener en cuenta que la sociedad políticamente organizada

¹²⁶FEIJOO, B., Ob cit,pag. 186.

¹²⁷ROXIN, C., Ob cit, pag. 363.

¹²⁸ De esta forma “lo decisivo no es que objetivamente se dé la situación de crisis económica o insolvencia, es decir, exista una relación causal entre un comportamiento y el resultado típico, sino que dicho resultado se entienda como parte integrante de la conducta típica e la medida en que representa la objetivación (concreción o realización) de comportamientos desvalorados por la norma penal. Eso es lo que convierte la insolvencia en una insolvencia punible”. FEIJOO, B., ibid,pag. 158.

¹²⁹MARTINEZ-BUJAN, C.2002-2003. Ob cit,pag. 138.

debe crear y mantener un entorno pacífico de convivencia, que sólo puede lograrse con la existencia y operatividad de un derecho legítimamente establecido y cuya aplicación garantice la seguridad”¹³⁰.

De esta forma, no basta con la conducta dolosa, tampoco con el nexo causal entre el comportamiento y el resultado, sino que se requiere además que, en primer lugar, el deudor haya creado un riesgo doloso para el patrimonio de los acreedores en cuanto agentes del sistema crediticio, o en otras palabras “el deudor debe realizar una conducta objetivamente adecuada, apta o idónea (idoneidad o aptitud objetiva) para causar o agravar una insolvencia”¹³¹. Así los actos que descritos en la ley pero que no tienen la capacidad generadora de un peligro que tienda a amenazar el bien jurídico, no deben ser considerados punibles, pues si no obstante la realización de aquellos la insolvencia se habría producido de todos modos, el bien jurídico jamás se habría puesto en peligro por la actividad del deudor y el tipo no alcanzará la conducta realizada. En segundo lugar, se requiere que ese peligro creado o incrementado se considere como no permitido, así “no existirá una conducta típica mientras el comportamiento, teniendo en cuenta el contexto en que se realiza, tiene un sentido económico propio distinto a la mera defraudación de las legítimas expectativas de los acreedores (es decir, resulta idónea, adecuada y necesaria

¹³⁰GARRIDO, M. 2004. El riesgo permitido como criterio valorativo. Anales de la Facultad de Derecho N°1, pag. 36.

¹³¹FEIJOO, B., Ob cit, pag. 173.

para conseguir objetivos económicos legítimos)”¹³². Finalmente, se agrega a lo anterior como requisito sine qua non para la imputación, la realización o concreción del riesgo doloso no permitido en el resultado ya que “la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de la plasmación de ese peligro, sino sólo en conexión causal con el mismo”¹³³.

Solo cumpliéndose este análisis normativo, en cuanto valoración de la real influencia de la conducta en el resultado, puede recién considerarse típica una conducta manteniéndose así una aplicación del derecho penal dentro de los estrechos márgenes que le imponen el respeto a las garantías constitucionales, la indispensable protección de bienes jurídicos y la subsidiaridad respecto de otros medios de control del resto del ordenamiento jurídico.

2.3. Particularidades del Tipo Subjetivo en el Delito de Quiebra.

Siguiendo la doctrina que ve el dolo y la culpa (imprudencia) como elemento del tipo subjetivo, abandonando la representación interna del sujeto

¹³²Ibid,pag. 189.

¹³³ROXIN, C., Ob cit,pag. 373.

que implica la culpabilidad, corresponde hacer una somera revisión de dichos elementos a la luz de su aplicación en el delito de quiebra.

En su expresión más básica el dolo típico es conceptualizado como “el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo”¹³⁴. Así, si el deudor elabora artimañas coincidentes con los artículos 219 y 220, para zafarse de cumplir sus obligaciones, se entenderá dolosa su conducta al saber y querer los efectos perjudiciales de su actuar planificado que llevará en definitiva a la producción de un estado de incumplimiento de sus obligaciones mercantiles y con ello de insolvencia.

Vinculado con lo anterior, se ha desarrollado por la doctrina distintos niveles de intensidad del dolo representativos de diversas formas en que se manifiestan sus caracteres cognoscitivo y volitivo. En primer lugar está el dolo directo que se refiere a lo que el sujeto persigue con el resultado, aunque éste se presente como poco seguro, sin importar las circunstancias que según la ley lo acompañen y aunque el resultado sirva para la obtención de otros resultados. Por su intensidad es el caso más sencillo de asociar la punibilidad, por cuanto la finalidad resulta tan claramente nociva para el bien jurídico como desvalor de acción que el legislador jamás lo excluirá a efectos de ser sancionado. Pero en ciertos casos este tipo de dolo excluirá a los demás

¹³⁴Ibid, pag. 308.

niveles, pues será la intención la que caracterice y funde la figura del delito¹³⁵, que faltando terminará tratándose a la conducta como una acción u omisión inocua independiente de su resultado. Así, a efectos del delito de quiebra, este nivel de dolo aparece en el artículo 220 n°8. En este caso si las acciones no se realizan con la intención de retardar la quiebra no existirá imputación subjetiva al autor, con independencia de si el resultado se produjo por las acciones ahí señaladas.

En segundo lugar, está el dolo de las consecuencias necesarias que “abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción o concurrencia con seguridad se percata el sujeto, ocasionándolas conscientemente”¹³⁶ lo que significa que “las consecuencias de la acción que se reconocen como necesarias son asumidas en su voluntad por el agente, aun cuando no tenga en absoluto interés en esas consecuencias”¹³⁷. Este tipo de dolo es el que se exige en los numerales 1 del artículo 219 además de los numerales 6 y 13 del artículo 220 al señalar que las conductas deban hacerse en o con perjuicio de los sujetos pasivos, lo que demuestra claramente que el deudor debió barajar como cierta la posibilidad de producir un detrimento y lo asume como parte de su actuar.

¹³⁵ Ibid., pag. 421.

¹³⁶ Ibid, pag. 423.

¹³⁷ Ibid, pag. 424.

El caso de menor intensidad de los niveles del dolo y que resulta ser particularmente común en los delitos económicos es el dolo eventual, principalmente por las complicaciones probatorias que se tendrían en juicio para acreditar la concurrencia de un dolo de mayor gravedad en esta clase de delitos. Se diferencia de los otros tipos de dolo en cuanto a que en éste el agente advierte las posibilidades de un resultado perjudicial para el bien jurídico, pero aunque no persigue una lesión o puesta en peligro, dicha previsión no lo disuade de realizar la actividad típica. Resulta relevante destacar la diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, que es impune en estos delitos, en cuanto a que en la última el sujeto no se toma en serio la posibilidad de afectación del bien jurídico confiando en que finalmente el tipo no se producirá.

Respecto de la posibilidad de aplicación de un tipo culposo consideramos que este delito solo es punible a título doloso. Así discrepamos de Garrido Montt cuando señala la posibilidad de que el artículo 219 n°3 pueda ser sancionable por culpa, ya que el tipo se satisface con el simple descuido o falta de cuidado¹³⁸. Por el contrario, consideramos que la ley debe hacer expresa mención de la punibilidad de la culpa, ya que los artículos 4 y 10 n°13 la dejan impune por regla general, por lo que solo otra ley podrá considerarla como punible, cosa que no se da en el título relativo a los delitos de la quiebra

¹³⁸GARRIDO, M. 2007, Ob cit, pag. 310: Considera esto por la enunciación de quiebra culpable como culpa penal, lo que ya hemos rechazado considerando que lo culpable o fraudulenta de la quiebra se dice en relación a lo que el derecho civil y comercial entienden por ello.

lo que implica que “la decisión de no tipificar una modalidad imprudente es una decisión político-criminal de gran calado que, por cierto, demuestra que el tipo de injusto del delito concursal gira más alrededor de la idea de prevenir el fraude que de la idea de estabilizar deberes de administración o gestión ordenada”¹³⁹.

Para la determinación de la concurrencia en un caso determinado de dolo o culpa se vincula la acción típica en el concreto contexto en que la conducta se desarrolla y se lo compara conforme a lo esperable de un sujeto en esa situación, revisando la actividad del agente de acuerdo a los conocimientos y competencias esperables de alguien en su posición. Así mientras mayor sea el conocimiento atribuible a un sujeto particular, mayor será la certeza en cuanto a que su conducta se encontraba orientada por un concreto plan de afectación a un bien jurídico. Por el contrario, quien no mantiene contacto permanente con la actividad empresarial ni conoce su funcionamiento no se le puede exigir que todo resultado perjudicial se le pueda atribuir a un vislumbrar la posibilidad de afectación a un bien jurídico. Así “cabe colegir que en el ámbito del Derecho penal económico, en el que en la mayor parte de las ocasiones el objeto del dolo se proyectará sobre una compleja normativa extrapenal, el tribunal no se verá obligado a acreditar, en cuanto hecho psíquico, que el autor se había efectivamente representado o previsto la

¹³⁹FEIJOO, B., Ob cit,pag. 192.

producción del resultado antijurídico y que la había asumido. Antes al contrario, en las hipótesis frecuentes en que el autor nada hubiese previsto desde la perspectiva psicológica y hubiese mostrado una actitud de despreocupación hacia la vulneración del bien jurídico ningún obstáculo habrá para apreciar el elemento volitivo del dolo, con independencia del “querer” del autor psicológicamente concebido, siempre y cuando pueda afirmarse que se trataba de un operador de la vida económica que dominaba las técnicas del sector de actividad de que se trate y del que... además quepa asegurar que, normativamente, conocía el peligro cualificado de que en el caso concreto se produjese la vulneración de bien jurídico”¹⁴⁰.

De esta forma en una actividad tan compleja y especializada como la empresarial, los casos límites deben ser analizados en sus propias particularidades sin pretender generalizar criterios.

¹⁴⁰MARTINEZ-BUJAN, C. 2002-2003. Ob cit, pag. 169.

CAPÍTULO III. POSIBLES CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN EL DELITO DE QUIEBRA Y SU APLICACIÓN A LA LEY CHILENA.

3.1. Generalidades y Refutación de los Criterios de Imputación Tradicionales.

Los criterios de imputación tradicionales parten de la idea de que la acción delictiva es realizada por un sujeto individual que ha producido directamente el resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico de que se trate, dejando fuera, en principio, a quienes que sin haber realizado de propia mano la acción han tenido una intervención intelectual de cuantía superior a la hora de evaluar el peso de la intervención y participación en la actividad delictiva.

Caracterizándose a las empresas en la actualidad como complejas estructuras en que cobran relevancia los principios de jerarquía, en el plano vertical, y el de división del trabajo, en el horizontal¹⁴¹, resultaría incorrecta una atribución del hecho a quien lo realizó tan solo porque un superior se lo ordenó, ya que quizás fue realizado sin saber la finalidad delictiva o porque considerado aisladamente el hecho deviene en inocuo respecto del funcionamiento de la economía y el mercado. Para visiones de este tipo, el problema se solucionaría

¹⁴¹ En este sentido: SCHUNEMANN, B, 2002, Responsabilidad Penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación; GARCIA, P, 2006, Ob Cit; CESANO, J, Ob Cit; RITTER, C, 2010, Un panorama sobre las distintas estrategias de atribución de responsabilidad e los delitos empresariales.

subiendo en la jerarquía para alcanzar el resto de los intervinientes en la acción delictiva, cosa que resulta ser poco realista e ineficiente. Por el contrario, este sistema de imputación, similar a los empleados en los delitos que componen el derecho penal nuclear, apenas son aptos para estructuras empresariales simples en las que el empresario mantiene el funcionamiento pleno de la actividad económica sin haber realizado una diversificación de las materias y competencias que permiten llevar adelante el funcionamiento de la empresa. Pero como en la actualidad lo usual es que las actividades productivas sean llevadas a cabo a través de formas jurídicas en que la propiedad y la toma de decisiones se encuentran diferenciadas de la ejecución, deben buscarse medios de atribución de responsabilidad que se adapten a esta nueva realidad criminal.

De esta forma, poco importa quien realiza de propia mano la acción descrita en el tipo para efectos de determinar la autoría, como predica la teoría formal-objetiva. Incluso el dominio del hecho se muestra insatisfactorio como criterio de determinación de la autoría, entre otras causas porque los tipos de los delitos empresariales, y como tal, el de quiebra, están configurados para ser cometidos solo por determinadas personas, convirtiéndose en delitos especiales en donde la calidad del autor resulta vital para la determinación de la autoría y quienes no ostenten dicha calificación no podrán jamás ser considerados como sujeto principal del suceso delictivo; así como también es

inútil porque las conductas muchas veces están descritas como omisiones, siendo irrelevante un criterio enfocado en calificar al sujeto ejecutor de una acción como autor; pero principalmente, se presenta como inútil porque el dominio del hecho se enfocará en calificar como autor a quien posea el dominio al realizar de propia mano el hecho. Más bien “se trata de que en este ámbito de relaciones jerarquizadas la conducta relevante será la de aquel que es responsable del ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas”¹⁴².

Aun así, partiendo de esta base, alguna doctrina cree encontrar la solución para atribuir la responsabilidad a los altos cargos dentro de la empresa en el dominio del hecho como dominio de la voluntad mediante el uso de aparatos organizados de poder. Entonces, quien ostente el dominio de la organización será autor mediato por el injusto realizado por alguno de sus subordinados ya que “quien empleando en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de un manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor media en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometa acciones punibles”¹⁴³. De esta forma, sería la similitud entre las organizaciones al margen del derecho y las empresas como estructuras jerarquizadas las que permitirían trasladar el criterio de la delincuencia organizada a la empresarial.

¹⁴² FEIJOO, B., Ob cit, pag. 5.

¹⁴³ ROXIN, C. 2000. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. 7° Ed. Barcelona, Eds. Jurídica y Sociales, pag. 275.

Pero como fácilmente se notan las similitudes también son fácilmente apreciables las fuertes diferencias que llevan a desechar el dominio de la organización como criterio para calificar de autor a quien maneje la administración de una empresa: en primer lugar, Roxin planteó este criterio pensando en delitos cometidos por órganos estatales que hacen abuso de su poder o para movimientos clandestinos que generan una criminalidad organizada¹⁴⁴, casos muy lejanos a la realidad delictiva que se da dentro y desde la empresa en que por definición se trata de agentes reconocidos por el derecho. Así se descarta desde ya la aplicación de la teoría “puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ellos el poder de voluntad del hombre de detrás”¹⁴⁵. Y en segundo lugar, porque el sustento de la teoría es la fungibilidad del ejecutor “en términos tales, que el hombre de atrás tenga la certeza de que su orden se va a cumplir con independencia del concreto ejecutor”¹⁴⁶, cosa imposible en la realidad empresarial en que muchos de los vínculos se generan por relaciones

¹⁴⁴ LAZCANO, C. 2001. Teoría de los Aparatos Organizados de Poder y Delitos Empresariales. Universidad Nacional de Córdoba, pag. 28.

¹⁴⁵ ROXIN, C.2000. Ob cit, pag. 277.

¹⁴⁶ SOTO, M. 2009. Apuntes de clases de la cátedra de Derecho penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

contractuales (contrato de trabajo, mandato, etc.) eliminando la intercambiabilidad de los subordinados dentro de la organización¹⁴⁷.

El mismo Roxin desestima este criterio y señala que “resulta más adecuado recurrir a la figura jurídica por [él] desarrollada de los delitos consistentes en la infracción de un deber [*Pflichtdelikte*] y, con su ayuda, fundamentar una autoría de los cargos directivos, en tanto se les atribuya una posición de garante para salvaguarda de la legalidad [*Garantenstellung zur Wahrung der Legalität*] de las acciones de la empresa”¹⁴⁸. De esta forma, ya no se trata de quien tiene el dominio de la acción, la voluntad o de la organización como variantes del dominio del hecho sino que, más bien y dado la complejidad del sistema empresarial y las concretas formas en que se tipifican las materias relativas a delitos económicos, tendrán relevancia otros criterios de imputación de responsabilidad. Así “la idea de dominio del hecho, es reemplazada por competencias, roles, deberes, etc., en definitiva, por posiciones de garante”¹⁴⁹.

Corresponde entonces profundizar en los criterios empleados por la doctrina a la hora de imputar un resultado lesivo de bienes jurídicos propios de la actividad empresarial, pero aplicados en concreto al delito de quiebra que presenta varias características distintivas del resto de los delitos económicos.

¹⁴⁷ En este sentido: MUÑOZ, F, 2005c. ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial? [en línea] <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/teoria_delito/10.pdf>[Consulta: 15 de enero de 2013]

¹⁴⁸ ROXIN, C. 2006. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Revista de Estudios de la Justicia N°7, pag. 22.

¹⁴⁹ PAOLINI, J. [s.a.] Algunos Criterios de imputación en el Moderno Derecho Penal Empresarial, pag. 5.

Así, y como se dijo anteriormente, el sujeto pasivo de la quiebra (y sujeto activo del delito de quiebra) puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica. Lógicamente ambos casos tienen sus particularidades a la hora de determinar la autoría por las conductas constitutivas del delito. Por ello, y para simplificar el estudio de estos casos, es que se dividirá el análisis de la determinación del autor en dos partes: en primer lugar, en el caso del fallido persona natural y luego, en el más complejo, caso del fallido persona jurídica.

3.2. Autoría en el Delito de Quiebra Cometido por un Deudor/Fallido Persona Natural.

3.2.1. El Delito de Quiebra como Delito de Infracción a Deber (Roxin).

Como se señaló al tratar al sujeto activo del delito de quiebra no cualquier persona puede ser alcanzada por la descripción típica, sino solo aquel que tenga la calificación jurídica de deudor. Para explicar la autoría en los casos de delitos especiales, en que la autoría se funda en la especial cualificación del sujeto, Roxin ideó las infracciones a deber como fundamento teórico a todos aquellos casos en que la autoría va determinada por una especial posición del sujeto que por ello se ve obligado a mantener ciertos estándar de comportamiento, impidiéndole desarrollar acciones que deriven en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o, en otras palabras, “es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica)

de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamente la autoría”¹⁵⁰.

Pero este deber, al que Roxin considera como fuente de la autoría, no es uno general que obligue a todo ciudadano, como señala Jakobs en relación a los delitos que él llama de organización, en que por el rol de ciudadano todos tenemos la obligación de no dañar a otros; ni tampoco se trata del deber que surge de toda norma penal de no infringir su mandato, sino que más bien serían deberes como antecedentes del tipo penal y derivados de otros sectores del ordenamiento jurídico, que harían que sólo aquel obligado por dicha normativa especial pueda ser considerado como sujeto activo del delito, sin importar cuál sea el grado de dominio del hecho que en el caso concreto haya tenido, pues “la categoría dogmática de los delitos de infracción a deber no se orienta al resultado del mundo exterior, o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado en el mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor”¹⁵¹.

No obstante esta diferencia en la determinación de la autoría, será siempre la lesión de un bien jurídico el fundamento de la punibilidad, tal como sería en la otra gran categoría de delitos que son los de dominio, pues ésta vulneración, como ya se dijo, debe existir siempre en un derecho penal

¹⁵⁰ ROXIN, C. 2000. Ob cit, pag. 386.

¹⁵¹ SANCHEZ-VERA, J. 2002. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Barcelona, España. Marcial Pons Eds. Jurídicas y Sociales, pag 29.

respetuoso de las libertades personales. Por el contrario, lo distintivo entre ambas visiones de la autoría se debe a la forma en que se encuentren configurados los tipos penales, siendo el deber especial únicamente el fundamento de la autoría. Así “la delimitación entre delitos de infracción de deber y de dominio no es una cuestión lógico-conceptual, sino marcadamente teleológica, relativa a la interpretación de los tipos individuales”¹⁵², esto porque “es cuestión de decisión valorativa del legislador el configurar un tipo como delito de dominio o de infracción de deber. El que proceda de un modo o de otro dependerá de hasta qué punto considere importante determinada posición de deber en el marco de la lesión del bien jurídico. Si el merecimiento de pena del delito está influido por ésta esencialmente, en su opinión, contemplará al obligado, sin consideración al curso de la acción, en el centro del acontecer y limitará notablemente la punibilidad de los extranei”¹⁵³.

De ahí que cobre relevancia la estrecha relación existente entre el derecho penal y los otros sectores del ordenamiento jurídico, tratado a propósito de la ley penal en blanco y los elementos normativos jurídicos, pues serán en definitiva los que determinarán la autoría en los delitos de infracción a deber. En el caso particular del delito de quiebra se trataría al deudor como sujeto activo en relación a la legislación comercial y tributaria que regulan su actuar en pos de evitar la lesión y puesta en peligro de bienes jurídicos propios de dichos

¹⁵² ROXIN, C. 2000. Ob cit, pag. 421.

¹⁵³ Ibid, pag. 420.

ordenamientos y del correcto funcionamiento del mercado como ámbito relevante de la actividad económica, de las que surgen los deberes que la legislación penal emplea como base. Si se analizan los artículos 219 y 220 claramente se ve que el desvalor de acción deriva de que el empresario obvió sus obligaciones legales, en cuanto pretenden organizar las libertades de los particulares en búsqueda del bien común o mejor dicho de la evitación de que los agentes del mercado se dañen entre ellos generando desincentivos para el desarrollo.

Con base al mismo criterio de autoría, la coautoría quedaría determinada “por el quebramiento conjunto de un deber común”¹⁵⁴. Entonces cuando una actividad regulada le sea confiada a varias personas y sin importar cuál sea, en el caso concreto, el quantum de aportación al resultado, han cooperado a la infracción de los deberes a los que se encuentran sujetos todos serán considerados autores. De esta forma, y en relación a la regulación de las empresas como personas naturales en el derecho chileno, la coautoría en el delito de quiebra realizado por persona natural sólo se dará en la quiebra de una comunidad o sociedad de hecho y en los casos de quiebra considerados por el artículo 51 de la ley de quiebras.

Ahora bien, en la empresa, aunque esté configurada como una persona natural, no será siempre el propietario el que realice directamente la infracción.

¹⁵⁴ Ibid, pag. 391.

Por el contrario, muchas veces serán sus empleados los que en definitiva terminen por llevar a cabo lo que de acuerdo a la normativa extrapenal sea considerado como obligación del empresario. Así, puede que el fallido haya dejado en manos del contador de la empresa la labor de alterar los libros para hacer parecer a la empresa como más rentable de lo que realmente es o entregue a uno de sus trabajadores la tarea de vender mercaderías a un precio inferior al correspondiente al mercado o que destruya las cartas relacionadas con el negocio, etc., y aun así en estos casos se configuraría un delito de quiebra. En estos ejemplos y otros similares, el deudor no realiza directamente la infracción de deber, sino que la entrega a otros que, no obstante tener el completo dominio del hecho, no están sujetos a los deberes extrapenales que fundamentan la autoría. Para Roxin todos aquellos casos en que “el individuo que está sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentre al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría”¹⁵⁵ configuran, en definitiva, una autoría mediata. Así, y de forma sistemáticamente coherente, Roxin evita que el intraneus resulte impune por la acción del extraneus no obligado, sancionando en definitiva a quien desde su especial posición debía dar protección al bien jurídico lesionado.

No obstante el análisis de los delitos de infracción a deber, el estudio de las hipótesis del delito de quiebra no se termina, pues hasta ahora sólo se ha

¹⁵⁵ Ibid, pag. 394.

conseguido abarcar a aquellos tipos en que el deudor realiza acciones positivas, siendo que por el contrario, muchas veces nos encontraremos ante infracciones en que el deudor debía realizar acciones cuya omisión acarreará perjuicios al bien jurídico.

Por ellos continuaremos analizando la autoría en los delitos de omisión.

3.2.2. Delitos de Infracción a Deber en las Omisiones y la Comisión por Omisión.

Preliminarmente podemos entender por delito de omisión sólo aquellos casos en que “existe una norma con trascendencia penal que imponga a una persona la obligación de realizar una actividad dada o evitar la concreción de un peligro determinado”¹⁵⁶. Al igual que lo señalado respecto de los delitos especiales que solo pueden ser cometidos por aquel sujeto cualificado a quien se dirige un determinado precepto normativo, las omisiones parten de la idea de lo que es esperable de un individuo, en este caso un actuar en particular. Esta obligación preexistente a la omisión¹⁵⁷, le otorga un carácter normativo equiparable a los delitos de infracción a deber ya desarrollados. A diferencia de la acción que por regla generalísima es relevante en cuanto se ha producido un resultado lesivo de bienes jurídicos, en el caso de la omisión sólo es “penalmente relevante cuando está ordenado actuar para la evitación de un

¹⁵⁶ GARRIDO, M. 2007, Ob cit, pag. 181.

¹⁵⁷ En este sentido: GARRIDO, M. 2007, Ob cit, pag. 182.

resultado lesivo o peligroso”¹⁵⁸, esto porque “de todas las acciones posibles que un individuo puede llevar a cabo, al ordenamiento jurídico le interesa solamente aquella específica que espera que realice - auxiliar, socorrer, etc. - porque le impone - jurídicamente - el deber de ejecutarla. Como pesa sobre el individuo el deber jurídico de actuar, el ordenamiento espera que él lo haga”¹⁵⁹, de ahí su carácter de delito de infracción a deber.

De esta forma cobra vital importancia la posición específica que el sujeto ocupe respecto del bien que se intenta proteger, pues no cualquiera y en cualquier situación tendrá el deber especial de dar protección al bien jurídico, ya que de lo contrario se haría imposible el desarrollo social por la constante necesidad de evitar daños a objetos penalmente relevantes.

Sólo será responsable aquel sujeto que tenga el deber de obrar derivado de “una estrecha vinculación (...) con el bien o interés de que se trata, en términos que está obligado, por esa relación, a ejecutar acciones protectoras, evitadoras de lesión o deterioro”¹⁶⁰. En el caso de los delitos empresariales serán aquellos que tengan las funciones de conducir la empresa, y en el caso específico de los delitos de quiebra en que el fallido es persona natural el titular de la propiedad del negocio. A esta posición especial se la denomina posición de garante pues tiene como contenido la obligación de garantizar la seguridad

¹⁵⁸ KUNSEMULLER, C. 1997. Delitos de omisión. Apuntes basados en las clases impartidas por el autor en la Academia Judicial, pag. 1.

¹⁵⁹ KUNSEMULLER, C., Ob cit, pag. 2.

¹⁶⁰ Ibid, pag. 7.

del bien jurídico. Roxin ve el fundamento del deber de evitar el resultado lesivo, tal como se dijo antes, en la normativa extrapenal que regula aquella cierta actividad en la que el individuo se encuentra sujeto por su especial relación con el bien jurídico.

Ahora bien, entendiendo el delito de quiebra como uno de aquellos casos en que la autoría se funda en especiales deberes del sujeto activo, ya sea que se configure como acciones u omisiones, al existir en ambos casos una obligación de actuar, ya no será relevante a efectos de determinar la imputación del individuo si el tipo aparece configurado como comisivo u omisivo. No estaremos frente a omisiones en las que expresamente aparecen los elementos del tipo describiendo una omisión en que “se desobedece un mandato que ordena realizar una acción”¹⁶¹ tal como sucede en las omisiones propias. Por el contrario, en los delitos en que las acciones sean punibles como delitos de infracción a deber, se presenta la particularidad de que la comisión por omisión se presentan como igualmente abarcable por el tipo, ya que aunque “subsiste en estos casos la diferencia ontológica entre hacer y omitir; (...) como el tipo es una figura normativa, la relación entre menoscabo del bien jurídico y sujeto del delito sólo queda instituida por el quebrantamiento del deber, frente al cual son irrelevantes las variantes del curso externo del acontecer”¹⁶².

¹⁶¹ KUNSEMULLER, C., Ob cit, pag. 8.

¹⁶² ROXIN, C. 2000. Ob cit, pag. 501.

Esta equivalencia normativa entre la acción y la omisión en los delitos de infracción a deber nos permite extender la denominada posición de garante a ambas formas de configuración del tipo y explicar de mejor manera de dónde provienen los deberes a los que ha de atender especialmente el individuo sujeto a las obligaciones que, en definitiva, son fundamento de la autoría del delito de quiebra.

Paralelamente se presenta la discusión en doctrina sobre la posible inconstitucionalidad de los delitos de comisión por omisión debido a infracción al principio de legalidad, ya que al requerirse por éste que la ley describa claramente los elementos del delito, se da el problema de que eso no ocurre en los casos de omisión en que los tipos aparecen descritos tan solo como acción, por cuanto una tipificación como ésta extendería la punibilidad a conductas para las que, en principio, el tipo penal no se encontraría destinado. Aunque la doctrina nacional encuentra un fundamento para una configuración de los tipos relativos a los crímenes y simples delitos contra las personas, en los artículos 492 y 1 del Código Penal¹⁶³, a nuestro parecer, no se requiere igual fundamento en el delito de quiebra, por cuanto a diferencia de los delitos de comisión por omisión que se siguen de un delito de dominio, en los delitos de infracción a deber la equiparación entre acción y omisión deriva del plano normativo y les es propio, sin necesidad de buscar un fundamento externo para validarlo.

¹⁶³ Así GARRIDO, M. 2007, Ob cit, pag. 181 y KUNSEMULLER, C., Ob cit, pag. 11.

Estaremos frente a tipos en que no obstante estar configurados como acción u omisión, su especial estructura permite que además ese comportamiento descrito sea imputable también como su contrario y además en que sea el empresario, independiente si es él quien opere de propia mano o por medio de un subordinado en la realización del resultado descrito en la ley, pues en definitiva le será igualmente atribuible por su posición de garante derivado del deber de evitar el resultado. Así por ejemplo, poco importa a efectos del artículo 219 n°6 si el fallido no compareciere a la declaración de quiebra por ocultarse (omitir) de quienes persiguen su responsabilidad o lo hace fugándose del país (acción). Ambos casos de acción u omisión implican una no concurrencia infringiendo su deber. Lo mismo en el caso del artículo 219 n°9 en que infringirá el deber de llevar correctamente sus libros, ya sea por hacer anotaciones que no corresponden a las exigidas por la normativa extrapenal correspondiente o por haber dejado de realizar los inventarios necesarios para reflejar el verdadero estado de sus negocios. En ambos casos se infringe el deber de fidelidad de la contabilidad del empresario. Tampoco importará si en estos es el deudor o uno de sus subordinados quien realiza el comportamiento delictivo, pues siempre será responsable aquel que contaba con la obligación de velar por la protección del bien jurídico.

Ahora bien, dado la especialidad y minuciosidad del tipo penal de la ley de quiebra, en que no sólo se requiere el resultado de quiebra, sino que

además se realicen algunas de las conductas indicadas que se consideran demostrativas de un desvalor especialmente nocivo para la convivencia haciéndolas merecedoras de sanción penal, muchas de estas no pueden ser realizadas, sino solamente por vía de omisión como por ejemplo el artículo 219 numeral 1. No obstante ello, no lo consideramos como una excepción a lo señalado por Roxin, sino que por el contrario existe un deber de todo empresario de no producir su quiebra en perjuicio de sus acreedores o por negligencia en la conducción de sus negocios y en términos genéricos este resultado puede producirse tanto por acciones como por omisiones, pero por el especial interés del legislador de regular esta materia profundamente, se decidió especificar cada uno de los supuestos que infringen dicho deber abstracto y por eso algunos de ellos sólo pueden imputarse por omisión.

Con todo, se le critica a Roxin hacer depender la imputación exclusivamente de criterios formales (infracción a deberes extrapenales), siendo la tendencia, por el contrario, la búsqueda de criterios materiales para atribuir la responsabilidad, en particular en el ámbito empresarial¹⁶⁴. Asimismo, otra crítica que se le formula a los delitos de infracción a deber, pero más dudosa, es que se trata de una categoría que “ha sido calificada, pues, de una artificiosa, innecesaria y, en cierto modo, peligrosa construcción conceptual y sus criterios de solución en la autoría y participación se consideran inaceptables. Su

¹⁶⁴ En este sentido DEMETRIO-CRESPO, E. 2010. Fundamentos de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas. En Serrano-Piedecabras, Cuestiones Actuales del Derecho Penal Empresarial. Ed. Colex, Madrid, pag. 3.

aplicación en la solución de problemas dogmáticos llevaría a justificar la pena sobre la base sólo de la infracción de un deber, prescindiendo de la idea, consustancial al concepto de Derecho Penal democrático, de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico como límite al ius puniendi estatal”¹⁶⁵.

No obstante las críticas de Roxin, la comisión por omisión se ha considerado por la doctrina como un método idóneo para configurar la autoría de quienes ostentan altos cargos en empresas. Así se acude a esta estructura “con el fin de atribuir una responsabilidad por omisión impropia a aquellos órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados, siempre y cuando puede acreditarse que el órgano directivo u “hombre de atrás” se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de la misma y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa”¹⁶⁶. Lo único que resulta discutible es el fundamento definitivo para dar a entender el porqué de la posición de garante.

¹⁶⁵ GARCIA, P. 2001. La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º Época, nº 9, pag. 127.

¹⁶⁶ MARTINEZ-BUJAN, C.2002-2003. Ob cit, pag. 201.

3.2.3. Otras Fuentes de la Posición de Garante en la Doctrina.

Remplazando a los deberes extrapenales de Roxin, algunas de las nuevas formulaciones son:

Para una parte de la doctrina la posición de garante tiene su fuente en el comportamiento anterior que ha puesto en peligro a un bien jurídico como consecuencia de infracciones a deber. Así existiría un deber de vigilancia por parte del empresario derivado de su injerencia en la producción del daño debido a su actuar contrario a deber. Nuevamente aquí nos encontramos con el problema de fundamentar la posición de garante a partir de una infracción a deber, pero además se la critica porque "la posición de garante por injerencia no se puede hacer derivar en ningún caso de la mera causalidad, sino que en todo caso de la imputación objetiva de actuar previo. En otros términos, el autor debe haber creado un riesgo no permitido"¹⁶⁷.

También se ha argumentado que podría considerarse como fuente de la posición de garante lisa y llanamente el incremento del riesgo permitido, derivado de una responsabilidad especial vinculada a la actividad desarrollada por el empresario. Pero este planteamiento tampoco logra convencer dado lo complejo que resultaría determinar el nivel de riesgo en un caso particular.

Mayor aceptación ha conseguido la postura desarrollada por Gimbernat, que ve la posición de garante como consecuencia de la obligación de vigilar una

¹⁶⁷ DEMETRIO-CRESPO, E, Ob cit, pag. 4.

fuente de peligro preexistente cuya desestabilización, por descuido del empresario, ha derivado en un resultado lesivo para el bien jurídico. De esta forma, se obtienen dos consecuencias, a saber “que el dueño del negocio debe vigilar los eventuales focos de peligro explotados por su empresa”¹⁶⁸ y que se hará responsable al empresario, en palabras de Gimbernat, “si el hecho punible imprudente o doloso que no ha impedido – e independientemente de si se cometió en interés o en perjuicio de la empresa – consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente menoscabo de bienes jurídicos”¹⁶⁹. Con esto, centra la problemática exclusivamente en los delitos que hayan tenido lugar dentro del giro de la empresa como peligro generado y elimina toda otra imputación posible referente a delitos fuera del ámbito del negocio pero que puedan tener lugar asimismo dentro de la empresa.

3.3. Autoría y complicidad en los artículos 219, 220 y 221 del Libro IV del Código de Comercio.

Aplicando lo señalado en los artículo 15 y 16 de nuestro Código Penal¹⁷⁰ “las complicidades de quiebra fraudulenta son autorías”¹⁷¹. Así, como señala el

¹⁶⁸ Ibid, pag. 11.

¹⁶⁹ Gimbernat Ordeig, citado por DEMETRIO-CRESPO, E, Ibid, pag. 11.

¹⁷⁰ Art. 15. Se consideran autores: 1º Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite; 2º Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo; 3º Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

Art. 16. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

autor Juan Esteban Puga Vial, si consideramos la amplitud con que es tratada la autoría en el código penal, las diversas hipótesis que la ley caracteriza como complicidades de la quiebra son en realidad casos de autoría o coautoría, pues “el legislador empleó la expresión cómplices a fin de incriminar a terceros distintos del fallido que ejecutaren hechos ilícitos concursales, los cuales, erróneamente, supuso que no serían sancionables mediante la mera aplicación de las reglas generales sobre concurso de delincuentes”¹⁷². Por ejemplo, de acuerdo al artículo 15 n°1 del Código Penal, varios de los numerales del artículo 221 del libro IV del Código de Comercio (1, 4, 5 y 7), corresponderían en realidad a coautorías sancionadas como complicidad, y en otros casos (n°3 y 6) a autorías con el mismo trato secundario

Entonces, y sin lugar a dudas, si nos quedamos sólo con un análisis literal del delito de quiebra, lo señalado previamente nos parecería correcto. Esto porque, es totalmente aceptado en la doctrina nacional que el artículo 15 ampliaría desmesuradamente la autoría en perjuicio de la complicidad¹⁷³. Sin embargo, por un lado, no podemos olvidar que nuestro código penal data del año 1874 y hasta la fecha, la doctrina ha avanzado de sobremanera en lo referente al análisis de la autoría y complicidad. Y por otra parte, el título cuarto del Código de Comercio, en donde se ubica el tipo del delito de quiebra, es una

¹⁷¹ PUGA (2002), ob cit, pag. 233.

¹⁷² PUGA, ibid. Se extiende el autor señalando que “La expresión cómplices entonces sólo tenía por función extender la penalidad de las quiebras a terceros distintos del fallido”.

¹⁷³ SOTO, Apuntes de clases.

ley especial respecto del Código Penal, por lo que sus principios deben aplicarse con preferencia a esta legislación.

Ahora bien, si hacemos un estudio de los artículos 219, 220 y 221, podemos notar que en muchas de estas figuras pueden intervenir varios sujetos, los cuales pueden llegar a tener el mismo grado de intervención, pudiendo ser caracterizados como coautores conforme a las teorías tradicionales. No obstante ello, al tratarse de un delito especial sólo el deudor como intraneus resultaría alcanzado por la descripción de las figuras, dejando en principio en la impunidad al tercero. Por ejemplo en el artículo 219 n°1 es necesario que algún o algunos acreedores reciban el pago en perjuicio de los demás; de forma similar ocurre con el artículo 220 n°6 y n°13; en el caso del artículo 220 n°10 participa un tercero, facilitando la simulación que perjudica a los acreedores; y así sucede en otros casos. En estas situaciones, el tercero (por ejemplo como acreedor o testafarro) tendría una intervención de similar o igual intensidad a la que tendría aquel que en definitiva resultaría ser el único sancionado, pero por no ser deudor resultaría excluido de la responsabilidad penal.

Es por ello que, para no dejar en la impunidad al extraneus, el legislador tipificó diversos casos de complicidad en el artículo 221¹⁷⁴, indicando como

¹⁷⁴ ARTICULO 221° Se presume que son cómplices de quiebra fraudulenta: 1.- Los que, de acuerdo con el fallido, supusieren créditos o alteraren los verdaderos en cantidad o fecha; 2.- Los que auxiliaren al fallido para ocultar o sustraer sus bienes, sea cual fuere su naturaleza, antes o después de la declaración de quiebra; 3.- Los que, con conocimiento de la declaración de quiebra, ocultaren bienes, documentos o papeles de propiedad del fallido que tuvieran en su poder, o los entregaren a éste y no al síndico; 4.- Los que, después de la declaración de quiebra,

cómplices a quien, no siendo sujeto calificado, actúa de acuerdo, auxiliándolo o con conocimiento de los hechos, junto al fallido en la realización del ilícito.¹⁷⁵

Dicho de otra forma, si calificamos el delito de quiebra como un delito especial, o sea de infracción a deber, en que es una calidad especial de un sujeto lo que lo vincula a un determinado tipo penal, siendo excluyente dicha calidad para ser considerado como sujeto pasivo de la norma, cualquier extraneus con independencia del grado de intervención resultaría impune, pues participe en los delitos de infracción de deber será “aquel que coopera en la realización del tipo en alguna manera, pero sin lesionar el deber especial extrapenal que fundamenta la autoría”¹⁷⁶. Al ser la calidad de deudor una circunstancia personal del posible autor, queda completamente descartada la comunicabilidad de ella a otros intervinientes que no alcancen dicha calidad, siendo únicamente sancionables a título de partícipes.

Es por esto que, en definitiva, lo señalado por Puga nos parece incorrecto, pues no se hace cargo de la especial configuración del delito y lo trata como uno común, al cual podrían aplicarse sin más todos los principios sobre autoría y participación del Código Penal.

admitieren cesiones o endosos del fallido; 5.- Los acreedores legítimos que celebraren convenios privados con el fallido en perjuicio de la masa; 6.- Los que, con conocimiento de la cesación de pagos, obtuvieren el pago anticipado del todo o parte de su crédito; y 7.- Los agentes, corredores o comisionistas que, después de declarada la quiebra, intervinieren en cualquier operación comercial del fallido, con perjuicio de la masa. En los demás casos se aplicarán las reglas generales que, sobre complicidad, establece el Código Penal.

¹⁷⁵ Como una postura distinta encontramos la de el profesor Juan Esteban Puga, quien señala que “Se lee entre líneas que el legislador empleó la expresión cómplices a fin de incriminar a terceros distintos del fallido que ejecutaren hechos ilícitos concursales, los cuales, erróneamente, supuso que no serían sancionables mediante la mera aplicación de las reglas generales sobre concurso de delincuentes”, Puga J, ob cit, pag. 234. Este error creemos, se produce porque no se tuvo en cuenta el avance doctrinario en materia de autoría realizada por Claus Roxin, quien diferencia entre intraneus y extraneus (como se señaló anteriormente).

¹⁷⁶ SANCHEZ-VERA, ob cit, pag 32.

Si como nosotros, se parte de los estudios doctrinales sobre la autoría y la complicidad, resulta del todo explicable por qué el legislador trató en un artículo aparte y como complicidad casos que de acuerdo a posturas tradicionales son considerados como coautoría o delitos autónomos (artículo 221 n°6), ya que de haberse omitido, todo extraneus con un grado de intervención superior al requerido por el artículo 16 quedaría en la impunidad, lo que sucedería en la mayoría de los casos a consecuencia de la ya tratada acotación de la complicidad en favor de la autoría en nuestra legislación penal.

3.4. Clasificación de las hipótesis de los artículos 219 y 220 de acuerdo a los criterios de autoría tratados.

Dentro de las hipótesis del delito de quiebra se puede distinguir aquellas que sólo se pueden efectuar por medio de acciones u omisiones y otras mediante ambas, dándose la figura de acción por omisión.

Dentro del primer grupo encontramos los numerales 1, 2, 3 y 8 del artículo 219; y los numerales 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14 y 16 del artículo 220. Por otro lado, se configuran como delito de omisión los números 4, 5, 6, 7, 10 y 11 del artículo 219. Finalmente, dentro del tercer grupo podemos incluir los números 9 y 12 el artículo 219; y los números 1, 7, 11 y 15 del artículo 220.

Sorprende de ésta clasificación, el que dentro de las quiebras fraudulentas no aparezca ninguna hipótesis exclusivamente de omisión, lo que

a nuestro parecer no hace más que resaltar la exigencia legislativa de una intención orientada a dañar a otros, mientras que en el entendido de que la quiebra culpable es aquella producida por el descuidado manejo de los negocios, las omisiones sean predominantes dentro de las figuras delictivas.

3.5. Autoría en el Delito de Quiebra Cometido por una Persona distinta del Fallido.

La determinación de la autoría en los delitos de quiebra, es un tema que ha requerido de un profundo análisis, y más aún, cuando se trata de quiebras sufridas por fallidos/personas jurídicas. En general respecto a todos los delitos socioeconómicos este asunto resulta complicado, por cuanto son cometidos por entes complejos, como lo son las empresas, que debido a su estructura organizativa y jurídica, plantean una serie de problemas a nivel de la imputación. En razón de ello es que: “El derecho debe darle respuesta para su organización, generando medios de imputación, personificación, preferencias, en torno a [sus] (...) bienes y relaciones (...) a favor de terceros...”¹⁷⁷, es decir, otorgarle la estructura normativa sobre la cual se va desenvolver en su actividad económica. Variados casos han demostrado la necesidad de que los ordenamientos modifiquen o adapten su legislación o generen nuevas

¹⁷⁷ CESANO, 2009, Ob Cit, pag 2.

estrategias legales para no dejar impune situaciones claramente perjudiciales para la sociedad¹⁷⁸.

Objeto de discusión es actualmente, la atribución de responsabilidad a la empresa como persona jurídica, puesto que tradicionalmente el derecho entiende que estas no son capaces penalmente, en base al principio *societas delinquere non potest*. Sin embargo, parte de la doctrina ha estimado que los sistemas de atribución individual de responsabilidad resultan insuficientes para sancionar a quienes pudieran resultar autores de esas conductas ilícitas, puesto que se basan en una teoría del delito respecto del comportamiento de personas individuales físicas, y por tanto, debería exigirse “un modelo de imputación al propio sujeto colectivo”¹⁷⁹, el cual sería más eficaz al castigar a una empresa como persona jurídica, por las conductas cometidas en su seno.

Como se trata de una cuestión aún objeto de discusión y debido a los límites de este trabajo, nos centraremos en el estudio de aquellos mecanismos utilizados por la doctrina para atribuir responsabilidad individual al interior del organismo corporativo, a los miembros u órganos que por regla general toman las decisiones. Algunos de estos medios han llevado en cierta medida a

¹⁷⁸ En la jurisprudencia alemana se destaca la sentencia de 9 de noviembre de 1874 del *preubisches Obertribunal* respecto de un delito de quiebra, en el cual se procesaba a un miembro del Consejo de administración de una sociedad cooperativa que había cesado en sus pagos por haber llevado de manera negligente sus libros. En este caso el problema se producía a la hora de imputar responsabilidad, por cuanto la conducta solo podía ser realizada por el deudor (cualidad especial) y no por el administrador. La solución que se llegó, fue la de absolver a este último, a pesar de que en primera instancia se lo incluyó en el término de deudor. Políticamente, ello fue insatisfactorio por el vacío de punibilidad que se producía, al no sancionarse ni a la sociedad ni al administrador. Esta situación llevó a que la legislación de ese país generara mecanismos que librarán de la impunidad, como fue la Ordenanza Concursal Alemana (1877), que contemplaba una cláusula que ampliaba el ámbito de destinatarios de ciertos tipos penales.

¹⁷⁹ ZUNIGA, Ob cit, pag 191.

flexibilizar las formas legales de imputación frente a entes colectivos, para dar solución a las situaciones de irresponsabilidad que se constata.

3.5.1. Problemática.

Las complicaciones que han sido observadas a nivel de imputación derivan de dos aspectos: la estructura organizativa de los sujetos activos – la empresa moderna - y las limitaciones dogmáticas del derecho penal. En cuanto al primer punto, se explicitó anteriormente, la complejidad actual de la configuración de la empresa.

Respecto al segundo punto señalado, existen dos condiciones en el Derecho Penal que deben tenerse presente a la hora de definir al autor en estas figuras delictivas. En primer lugar, el principio *societas delinquere non potest*, y en segundo lugar, específicamente respecto a las insolvencias punibles, el carácter especial de esta figura delictiva, por cuanto, el autor debe ser un sujeto calificado. Al tener en cuenta estas dos salvedades, es posible entender el porqué se generan lagunas de punibilidad a la hora de atribuir responsabilidad. En un delito especial como el de quiebra, el autor del delito debe ser quien la legislación determina que es el cualificado. Sin embargo, en la práctica, este es la persona jurídica, la cual es irresponsable criminalmente. Y quienes actúan directamente en la comisión del delito, al interior de la empresa – personas físicas, carecen de los requisitos especiales de autoría. Ello tendrá como consecuencia que el delito quedará impune, sin sanción, salvo que la

legislación establezca alguna disposición que permita imputar el hecho a una de las personas físicas dentro de la empresa, pues estas no poseen la calidad exigida por el tipo, y tampoco son autores de un delito común ya que es un delito especial¹⁸⁰. Carlos Martínez-Bujan, se refiere a esta cuestión como “...la responsabilidad de los órganos en los casos de delitos especiales, en los que las cualidades o condiciones específicas exigidas por el tipo correspondiente para ser sujeto activo concurren en la empresa, pero no en los órganos que la integran...”¹⁸¹.

La particularidad de estas situaciones está en el hecho de que las personas físicas o los órganos que participan al interior de la empresa y ejecutan el hecho delictivo, actúan en lugar de esta, realizan *actuaciones en lugar de otro*¹⁸². El comportamiento voluntario constitutivo de delito para el Derecho Penal, la realiza estrictamente la persona física que ha actuado en nombre de ella, y esta es generalmente en una empresa, los representantes legales o voluntarios y los órganos que forman parte de la persona jurídica, quienes toman decisiones y las llevan a cabo.

¹⁸⁰ MARTINEZ-BUJAN, 2002-2003, Ob Cit, pag 195. Tampoco es posible sancionar a estas personas físicas como partícipes “...puesto que – como es sabido – el castigo de la participación, conforme al principio de la accesoriedad limitada, requiere que se intervenga en un hecho principal típico y antijurídico ajeno, y la persona jurídica (en la que sí concurren las características especiales de la autoría) no realiza ya – según la opinión dominante – siquiera una acción en sentido jurídico-penal...”.

¹⁸¹ Ibid, pag 195-196.

¹⁸² GRACÍA, L. 1985. El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, Teoría general. Zaragoza, España. Prensas universitarias. pag 165-197. Se utilizan también los términos ‘en nombre’ o ‘en representación’ de otro, pero solo en la medida en que se consideren neutros, sin darle una valoración jurídica. Habría una cierta discusión terminológica, en cuanto buscar un nombre más exacto para esta institución, y que para estos efectos nos inclinaremos por la idea de llamarla como ‘actuar en el lugar del otro’, pues logra captar sus particularidades y diferenciarla de otras instituciones tanto del derecho penal como de otras ramas.

Politico-criminalmente se entiende que no es posible dejar impune a los sujetos que actúan en lugar de otro, puesto que llevan a cabo conductas que producen una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, tanto respecto quien tiene la cualificación especial como quien no, por lo que resulta conveniente que reciban una sanción conforme al delito que llevan a cabo, aun cuando no cumplan con los elementos cualificados exigidos en el tipo. Es por ello que con el objeto de establecer una técnica para imputar ciertos hechos a quienes los realizan, pero que en el caso de los delitos especiales¹⁸³, carecen de la cualidad de autor, la solución hallada fue la de redactar cláusulas específicas de actuar en lugar de otro, que extendieran la autoría a estas personas, ya mediante una norma única en la Parte General que comprendiera todos los casos en que se produjera este fenómeno, o por medio, de un precepto en cada uno de los delitos que por cuyas características y relevancia los conviertan en merecedores de un trato así. En el fondo, ello permite ampliar la autoría, al subsumir en los tipos la conducta de sujetos no cualificados. Los preceptos varían en las diferentes legislaciones, señalando de manera más o menos taxativa los sujetos a quienes (personas físicas) comprende esta responsabilidad en el delito.

¹⁸³ Ibid, pag 130-158. Sin perjuicio, de que en los delitos especiales el actuar en lugar de otro sea muy común, no es exclusivo de esta área. Es aplicable también según Gracia Martín en: "delitos en los que el tipo requiere la vinculación del autor a determinados objetos o personas que se encuentran en el radio de acción", en "delitos en los que el tipo presupone una actividad delimitada por otros sectores del ordenamiento jurídico como acción típica", y en "delitos en que el tipo de lo injusto requiere que la acción típica porte una determinada tendencia interior egoísta del sujeto".

3.5.2. Fundamentos dogmáticos del actuar en lugar de otro.

3.5.2.1. Delito especial como delito de infracción a deber (Roxin y Blauth).

Una de las principales explicaciones doctrinarias para el actuar en lugar de otro se encuentra en el mismísimo Roxin, que haciendo uso de la categoría de delitos de infracción a deber, según García Caveró, pretende explicar que la idea tras la actuación en lugar de otro no es más que una “exigencia de la realidad social. La vida económica, caracterizada por la división especializada del trabajo, por la rapidez del tráfico económico que exige que las personas necesiten de la ayuda de terceros, etc., obliga a que las funciones y deberes que una persona debe cumplir sean desempeñados en ocasiones por sujetos distintos”¹⁸⁴. De esta forma, en cuanto provenientes de sectores del ordenamiento extrapenales y por ser posible su realización exclusivamente por sujetos que deban cumplir con la cualificación de dicha área del ordenamiento, los diversos casos de actuar en lugar de otro son delitos especiales cuyo fundamento es el cumplimiento de un deber en cuanto exista la posibilidad de que aquel sea traspasable a otro sujeto.

Obviamente al tener el mismo argumento en relación a los delitos de infracción a deber, sufre de las mismas debilidades anteriormente tratadas con lo que ha sido un criterio abandonado

¹⁸⁴ GARCIA, P. 2001, Ob cit, pag. 126.

Por otro lado, y con una base similar, Blauth ve en la infracción a deber el fundamento entendiendo por tal algo distinto a lo que considera Roxin. Ya no será el incumplimiento de una obligación de otras ramas del derecho, sino que en la infracción de un deber ético social. Se diferencia también en que no existe un traspaso de deberes, sino que el deber del otro será uno completamente distinto, ya que el primario, al tomar en consideración ciertos caracteres que no cumple el representante no puede ser infringido por éste. Por el contrario será un “deber secundario que consiste en cumplir frente a terceros los deberes de su representado. Se trata de un deber secundario, porque el deber primario proviene normalmente de un ámbito extrapenal y, por lo tanto, el Derecho Penal no puede por la sola voluntad ampliar a otras personas estos deberes”¹⁸⁵. Pero limita la actuación en lugar de otro sólo a aquellos casos en que el delito especial sea de aquellos en que la autoría se vincule al resultado, ya que lo relevante será la protección de un bien jurídico, por cuanto al abordar la posición del representado entrará en contacto con el bien de una forma similar a como lo hace el sujeto idóneo y eso marcará su posibilidad de realizar el tipo penal. Se oponen a estos delitos de infracción a deber referido al resultado, aquellos delitos especiales referidos al autor que jamás podrán ser cometidos por un sujeto distinto al señalado como cualificado, por emanar de deberes personalísimos donde no tiene cabida el actuar en lugar de otro.

¹⁸⁵ Ibid, pag. 124.

Nuevamente aparecen las críticas en relación a la falta de contenido de las infracciones a deber por cuanto “una visión del delito como mera infracción del deber significaría, pues, regresar a un Derecho penal anticuado y disciplinario, contrario al Estado social y democrático de derecho que exige necesariamente una referencia a la protección de bienes jurídicos”¹⁸⁶.

3.5.2.2. Criterio del Dominio (Schünemann y Gracia Martín).

Autores como Schünemann y Gracia Martín, han elaborado sistemas muy similares a la hora de fundamentar el actuar en lugar otro, pues establecen como criterio base en delitos especiales, el dominio.

3.5.2.2.1. Dominio sobre el Fundamento del Resultado.

Para Schünemann, la fundamentación del actuar en lugar de otro debe encontrarse en un criterio material, y por tanto, considera necesario en primer lugar establecer cuál es el motivo para limitar el ámbito de autores en los delitos especiales, y de acuerdo a ello determinar si es posible que se le atribuya responsabilidad al representante.

Parte de la teoría de este autor se centra en fijar un concepto general y unitario de autoría, aplicable a todas sus formas, y estableciendo que el criterio determinante en todos o la mayoría de los delitos es dominio (del hecho)¹⁸⁷. Sus

¹⁸⁶ Ibid, pag. 125.

¹⁸⁷ Punto angular en la concepción de Roxin en la definición de ciertos delitos.

estudios señalan que es en la descripción de la acción típica donde debe caracterizarse al autor¹⁸⁸, y por lo tanto, a partir de ella determinar la autoría. Según Schünemann, es desde aquella, que el Derecho Penal puede determinar cuáles son las conductas prohibidas por resultar lesivas para un bien jurídico, y cumplir con la función de impedir las mediante la amenaza de la pena (función general preventiva). Un concepto tipológico de autor debe extraerse de la autoría directa o inmediata en los delitos comunes, y así deduce que: “Como todo individuo domina su propio comportamiento [...] es entonces el dominio sobre el propio movimiento corporal como fundamento de resultado lo que funda la posición de autor en la estructura más simple del delito”¹⁸⁹. Por tanto, será el dominio sobre el propio comportamiento, el criterio base para los demás tipos de autoría en las distintas formas de conductas delictivas.

Aquello sirvió de pilar para determinar un criterio de equivalencia entre la acción y la omisión. En los delitos de resultado, lo importante no es la relación entre acción y resultado sino entre el resultado y la persona¹⁹⁰, manifestando que “...el fundamento decisivo de la imputación es la relación entre el centro personal de dirección (*personalenSteuerungszentrum*) y el movimiento corporal personal que causa el resultado”¹⁹¹. A partir de estas ideas y sus

¹⁸⁸ Rescata en este sentido el planteamiento de Roxin y crítica a Jakobs, en la medida en que este intenta negar esta apreciación.

¹⁸⁹ SCHÜNEMANN, B. 2005. El Dominio sobre el Fundamento del Resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. Trad. de M. Sacher, RDPA N°2. Pag 19.

¹⁹⁰ CUELLO, J. 2011. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. [Revista para el Análisis del Derecho, N°. 1](#). España. Ed. [Universitat Pompeu Fabra](#). Pag 5.

¹⁹¹ GRACIA, Ob Cit, pag 340.

presupuestos¹⁹², deduce que el criterio de imputación común de la acción y la omisión a la persona es “el dominio sobre el fundamento del resultado”, el cual consiste en “...la disposición de los elementos necesarios para que un curso causal produzca resultado”¹⁹³. No es la infracción a un deber especial extrapenal – como fue comprendido por parte de la doctrina - lo que hace equivalente a la omisión con la acción, sino el dominio sobre el suceso, su causa o la indefensión de la víctima.

Se asume una suerte de custodia, una posición de garante respecto del dominio sobre la situación de vulnerabilidad del bien jurídico o una fuente de peligro, en aquellos delitos impropios de omisión: “Por consiguiente, en los delitos impropios de omisión se trata, en realidad, también de una forma de dominio, es decir, como la he denominado, de un dominio sobre el fundamento del resultado, consistiendo el fundamento del resultado en los delitos de omisión no en el propio movimiento corporal, sino en una fuente de peligro dominada por el autor, o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor”¹⁹⁴. De esta manera es posible imputarle el resultado a quien omite, si domina la causa o el desamparo.

Esta pauta fue aplicada también por Schünemann a los delitos especiales y, con ello a la responsabilidad en el actuar en lugar de otro, la cual

¹⁹² Los presupuestos se reducen a tres puntos primordiales: “1) La persona domina absolutamente su cuerpo y sus movimientos; 2) El movimiento corporal es el fundamento inmediato del resultado; 3) Pero el dominio sobre el movimiento corporal, es el fundamento mediato del resultado”.

¹⁹³ GRACIA, Ob Cit, pag 130.

¹⁹⁴ SCHÜNEMANN, 2005, Ob Cit, pag 21.

es posible entenderla de acuerdo al dominio sobre el fundamento del resultado, por cuanto en estos casos al igual que en la estructura anterior se produce un problema de equivalencia entre el actuar típico del autor calificado y el actuar del quien actúa en lugar de este.

Los delitos especiales en los cuales se generan situaciones de actuar en lugar de otro, señala, serían delitos de dominio, en la medida en que - al igual que en los delitos de omisión impropia - la autoría estará determinada por el dominio sobre la situación de desamparo de un bien. El status especial del tipo penal se referirá entonces, al dominio sobre ese ámbito de especial vulnerabilidad del bien¹⁹⁵.

Hay que entender que los delitos especiales son delitos de garante en la medida en que el autor asume una suerte de control respecto a la situación de vulnerabilidad del bien jurídico, lo cual presupone una "...asunción de funciones sociales que implican un dominio sobre la indefensión de la víctima o un dominio sobre cosas peligrosas"¹⁹⁶ o "...un especial dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico"¹⁹⁷.

De esta forma, el criterio de equivalencia en el marco del actuar en lugar de otro o como lo denomina Schünemann "*la responsabilidad del representante*", será esa posición de garante fijada en virtud del dominio sobre

¹⁹⁵ Percy García señala que "...se utiliza el concepto estático de status personal, en lugar del concepto funcional que presupone una posición de dominio sobre el bien jurídico". GARCIA, 2002, Op Cit, pag 128.

¹⁹⁶ GRACIA, Op Cit, pag 342.

¹⁹⁷ SCHÜNEMANN citado en: GARCIA, 2002, Ob Cit, pag 128.

la vulnerabilidad del bien. El sujeto que actúa sin tener la calificación o status requerido por el tipo, puede igualmente ser garante respecto a la vulnerabilidad del bien, y por tanto lesionarlo o ponerlo en peligro al igual que el sujeto entendido en el tipo. Esto en la medida en que al actuar, asume el ejercicio de las funciones que implican esa relación con el bien jurídico, es decir, toma el dominio sobre el suceso. Existe de esta forma, un acto de asunción del dominio sobre el fundamento del resultado de carácter material, es decir, de dominio sobre la situación especial en que se encuentra el bien, que determina la posición de garante y que le permite a quien no tiene el status especial cometer la conducta del tipo, y con ello ser sancionado: "...el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico no solo puede tenerlo el poseedor de un status, sino también un sujeto no cualificado que mediante un acto de asunción tiene el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico"¹⁹⁸.

3.5.2.2.2. El Dominio Social

Gracia Martín al igual que Schönemann, considera que los delitos en los cuales se da la figura del actuar en lugar de otro (delitos especiales), son delitos de dominio y de garante, pero rechaza el concepto de dominio como fundamento de resultado y lo entiende de un modo diferente.

Respecto al cómo solucionar esta problemática, este autor estima – y como lo ha hecho la gran mayoría de los ordenamientos – que la respuesta está

¹⁹⁸ GARCIA. 2002. Ob Cit, pag 130.

en regular expresamente estos supuestos en la legislación penal. Diversos intentos se han hecho por la doctrina para tratar de elaborar una medida de lege lata, sin embargo, en su opinión, corresponden a lagunas de lege ferenda. Pero en este orden de ideas, su opción es la de establecer una cláusula expresa en la parte general, y no una específica para cada uno de los delitos o grupo de ellos en que se den estos supuestos en la parte especial, y presenta para ello una serie de argumentos¹⁹⁹. En primer lugar, afirma que debido al gran número de este tipo de casos, no es posible ignorar las situaciones de impunidad y que además, resulta preciso para una adecuada calificación formal de hecho una valoración precisa del injusto. En seguida manifiesta que “las actuaciones en lugar de otro presentan la misma estructura en todos los delitos que las admiten”.

Ahora bien, en cuanto al fundamento del actuar en lugar de otro, Gracia Martín considera necesario en primer lugar efectuar un juicio de equivalencia al igual que Schünemann, entre el acto cometido directamente por el sujeto que carece de algún o de alguno de los elementos típicos y, la acción descrita en el tipo para el sujeto cualificado. Para establecer este criterio de equivalencia, el autor determina que debe, en primer lugar buscar la *ratio essendi* de los elementos problemáticos en el ámbito de la norma, en abstracto; y en segundo lugar, buscar el sentido y las propias características de la acción del actuante

¹⁹⁹ Ibid, pag 260-262.

en lugar de otro, en forma concreta²⁰⁰. En cuanto, a los elementos típicos que faltan en el representante, estos deben ser elementos de desvalor personal de la acción, referidos al autor y al injusto. No deben tratarse de elementos personalísimos (tienden a ser del ámbito del derecho civil), sino aquellos *que* describan funciones sociales de carácter reemplazables, representables, o delegables. Y además, deben explicarse desde el bien jurídico, pues ello será lo que determine el desvalor de la acción. Esto último resulta esencial en los delitos especiales, por cuanto respecto de ellos, no todos pueden poner en peligro o lesionar un bien jurídico, ya que algunos de estos bienes se despliegan en ciertos ámbitos o esferas, en los cuales solo ciertos individuos actúan y tienen el dominio en cuanto a su vulnerabilidad, y es esto lo que se configura como dominio social.

El criterio material de equivalencia debe ser de carácter normativo, y hallarse por tanto en el contenido del tipo del injusto. No es el dominio del hecho como criterio ontológico, lo que fundamenta a los delitos especiales, sino que un dominio social del bien jurídico por aquel sujeto cualificado (relación de dominio social), el cual constituye a su vez la fuente de la posición de garante. El dominio social es "...un dominio sobre la estructura social en la que se encuentra el bien jurídico protegido"²⁰¹. Se trata de una relación de poder de un sujeto con un determinado ámbito social, ámbito en el cual se desenvuelve el

²⁰⁰ Ibid, 282.

²⁰¹ Ibid, pag 302.

bien jurídico. Como en los delitos especiales, el bien jurídico solo puede lesionarse o ponerse en peligro por ciertas personas, es decir se encuentra en una estructura especial, se señala que es *accesible o especialmente accesible* a esta clase, y al describirse al autor, de acuerdo a un status personal, lo que se hace es fijar la esfera en que se ubica ese bien jurídico. El dominio social se va a concretar y especificar entonces, en una cualidad especial, que estará presente en la acción típica del delito. Entendido de esta manera, el dominio social, constituye un criterio normativo, que se concreta en la posibilidad (poder) de realizar la acción típica.

El dominio social es para Gracia también el fundamento de la posición de garante, y por tanto los delitos de dominio social son delitos especiales de garante: “El que ostenta una posición de dominio social es garante del bien jurídico protegido”²⁰². El sujeto cualificado actúa como garante en la medida en que tiene el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, es decir, ha asumido como función su protección (está bajo su dependencia).

Ahora bien, las actuaciones en lugar de otro se generan siempre en delitos de dominio social, y en este sentido, Gracia Martín señala que el actuar en lugar de otro como correspondencia de la conducta del sujeto no cualificado con la del calificado según el tipo objetivo, “se produce cuando el extraneus accede al dominio social típico y asume la posición de garante típica. En tales

²⁰² Ibid, pag 372.

casos, los elementos que fundamentan materialmente la tipicidad del delito especial concurre directamente en la persona del extraneus y no es preciso imputarle ningún elemento ajeno²⁰³. En los delitos especiales el legislador suele definir en el tipo a aquellos sujetos que detentan el status específico, y que por tanto, originariamente tienen el dominio social. No obstante, existen otros sujetos, ajenos a esa definición, que igualmente pueden realizar la acción típica, de manera equivalente a la del intraneus; en estos casos el status y la función de dominio social (posibilidad de ejercer la acción típica) se presentan separados, lo cual da lugar a la actuación en lugar de otro. Lo que genera en estas circunstancias que las conductas sean equivalentes, es que quien actúa en lugar de otro – como extraño a la descripción de cierto status descrito en el tipo - ha accedido de una u otra forma al dominio social de quien lo detenta en principio. “El acceso al dominio social típico constituye el criterio material del equivalencia de las actuaciones en lugar de otro”²⁰⁴. Este acceso estará determinado en razón de las posibilidades de acción, que de hecho tiene el sujeto, que ha asumido una función, y no de acuerdo a si formalmente tiene competencia para realizarla. En última instancia, lo que determinará que el extraneus haya accedido al dominio social es el hecho de que el ejercicio de la función que le es competente signifique haber asumido una posición de garante.

²⁰³ Ibid, pag 381.

²⁰⁴ Ibid, pag 384.

3.5.2.2.3. Delitos de quiebra y el actuar en lugar de otro en base al criterio de dominio.

Los gerentes, directores o administradores de la persona jurídica en el delito de quiebra, carecen en principio del status personal requerido por el delito especial. Sin embargo, al asumir la representación o administración de la empresa se entienden que asumen la misma condición frente al bien jurídico protegido.

En base a las consideraciones expuestas por Schünemann, en el delito de quiebra, la persona jurídica es quien en principio es garante del sistema crediticio, en la medida en que sus actos pueden ser constitutivos de este ilícito cuando vulneran el sistema crediticio mediante conductas que configuran la quiebra ilícita. Sin perjuicio de ello, cuando las personas físicas que representan a la persona jurídica y la obligan a través de sus actos, actúan en lugar de esta, los hacen, pues asumen la misma posición de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico objeto de protección. Asumen el dominio del suceso, por cuanto dentro del ámbito de sus funciones pueden llevar a cabo conductas constitutivas de quiebra ilícita. La posición de garante no solo se enfocará en sus propios actos sino que también respecto de los subordinados en la estructura empresarial; así señala Shüneman, que esta posición está dada "...concretamente por el dominio de la vigilancia ejercida con los medios de poder de agrupación (dirección e información) sobre los miembros

subordinados de la misma y/o en virtud de la custodia sobre los objetos peligrosos del patrimonio empresarial que son propiedad de la agrupación”²⁰⁵ y “...en función de la esfera empresarial que dominen”²⁰⁶.

Así mismo, en el caso del dominio social, accede en el ámbito de actuación del bien jurídico en su calidad de representante o administrador de la persona jurídica, y en este sentido sus decisiones y actuaciones puede lesionar o poner en peligro el sistema crediticio mediante actos que den lugar a la una insolvencia punible por parte de la empresa.

3.5.2.3. Criterio Normativo (Jakobs y García Caveró)

3.5.2.3.1. La configuración normativa de la sociedad como objeto de protección del Derecho Penal.

Jakobs ve a la sociedad, en un sentido similar a como lo hace Luhmann, para quien es algo distinto a los individuos que la integran pero que de no ser por ella, ellos carecerían de identidad, por cuanto esta le es otorgada como resultado del sistema comunicativo social. Pero la sociedad tampoco es la suma de individuos, sino que por el contrario ellos se encuentran, según Luhmann, en el entorno social. Esto se debe a que “los individuos no forman parte de los sistemas sociales mismos, sino de su entorno Umwelt, y para la sociedad, tanto el medio como sus elementos mismos tienen idéntica importancia. La exclusión

²⁰⁵ SCHÜNEMANN, B. 2002. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. ADPCP, Vol. LV. Pag 30.

²⁰⁶ Ibid, pag 30.

de los individuos del concepto de sistema social de Luhmann deriva, como vemos, de que éste no acepta la concepción del individualismo racionalista moderno, negando que la persona pueda ser considerada como centro del sistema mismo. Ahora, con la nueva concepción, la sociedad no se estructura ya sobre las relaciones entre sujetos, sino por las relaciones entre sistemas, y el sujeto, lejos de ubicarse en único sistema social, se relacionará con todos²⁰⁷ y, el sistema social queda así compuesto por comunicaciones que permiten a los individuos dar sentido a sus acciones conforme a las expectativas que se tenga sobre ellos.

En cuanto a dichas expectativas se distingue entre aquellas cognitivas y normativas. Las primeras vinculadas a las ciencias naturales, a las reglas de la lógica y de las matemáticas que no se encuentran directamente vinculadas al sistema social, sino sólo “en tanto la sociedad trata con su entorno...(o sea)... cuando las personas tienen que ser delimitadas entre sí en su esfera externa”²⁰⁸. Estos presentan la característica de no requerir de ninguna garantía para su satisfacción ya que quien pretenda infringirlas siempre fracasará en su intento al ser superados por los hechos, cosa que no sucede en el otro grupo de expectativas, a saber las normativas, o normas sociales directas como las llama Jakobs, en que la expectativa debe ser reafirmada contrafácticamente con la

²⁰⁷ ARIAS, M. [s.a.] Bases sociológicas del Funcionalismo Penal Contemporáneo [en línea] <perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_18.pdf> [Consulta: 15 de enero de 2013] pie de página número 64

²⁰⁸ JAKOBS, G. 2004. Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad. Civitas Ediciones. Madrid, España, pag. 78.

finalidad de que sean estabilizadas. Esto último, porque “junto al mundo configurado mediante esta valoración preferente individual – y esto es la sociedad-, quedan siempre también otros mundos posibles, esto es, otras sociedades posibles”²⁰⁹. Así de forma bastante conservadora, el sistema debe defenderse de aquellos modelos divergentes a su actual configuración, en particular de aquel que plantea el sujeto delinciente que pretenden comunicar que aquella expectativa normativa no le es aplicable y que, por el contrario, es su actuar el que debe imponerse como modelo comunicativo. Ante esto el sistema responde contradiciendo la contradicción a la norma y mediante el Derecho Penal, en particular por medio de la sanción, restablece la identidad normativa de la sociedad señalando que la comunicación del delinciente se encuentra viciada y que no debe ser considerada como válida dentro del sistema.

En base a lo anteriormente expuesto, es que Jakobs puede afirmar que no es el individuo ni los medios para su desarrollo o bienes jurídicos el objeto de protección del Derecho Penal. Más bien será la misma norma en cuanto se requiere para la mantención de expectativas, y en cuanto sea reafirmada por la pena es, lo que en definitiva, se pretenderá salvar. Así “el Derecho Penal tiene por misión garantizar la identidad de la sociedad. Esto se lleva a cabo tomando

²⁰⁹ Ibid, pag. 79.

el hecho punible en su significado, como aportación comunicativa, como expresión de sentido, y además, respondiendo ante él”²¹⁰.

Es en este contexto donde Gunther Jakobs elabora su sistema de Derecho Penal, en que los datos empíricos tienen escasa relevancia en relación a los normativos que serán el centro de su estudio. Como el objeto de este trabajo no es profundizar en la construcción normativa de la sociedad, nos limitaremos a describir los elementos necesarios para comprender la autoría según este autor y en especial la autoría en lugar de otro. Esto, porque aunque muy alejado de los estudios penales tradicionales, su visión del Derecho Penal resulta bastante útil para explicar los fenómenos que se dan dentro de la empresa.

3.5.2.3.2. Delitos de organización en oposición a los delitos de infracción a deber o institucionales. El caso de los delitos especiales.

De forma similar a como lo hace Roxin, para efectos de determinar a quién se le ha de atribuir un hecho como propio, Jakobs parte de la idea de la existencia de deberes, pero no como una categoría particular de imputar un delito (en Roxin en oposición a los de dominio del hecho y los de propia mano), sino que como fundamento de toda clase de autoría, sin importar, en principio, quien en el caso concreto pueda cometer un delito en razón de determinado cualificación.

²¹⁰ Ibid, pag. 75.

Por el contrario, según Jakobs toda forma de autoría tiene como base un deber, y de acuerdo a la forma como éste se configure surgirá en definitiva el modo que ese deber tenga y por quién tenga que cumplirse. No debería extrañar esta solución, pues si se considera que el autor alemán parte de una visión de la sociedad luhmaniana en que la interacción entre individuos tiene en cuenta las expectativas de conductas existentes entre los intervinientes, finalmente todo se encontraría normativizado, y en cuanto normadas que están las interacciones han de surgir deberes y, en definitiva, conforme a ellos se decantará por cuál sujeto es considerado autor.

Ahora bien, el tipo de deber no tendrá un fundamento en la normativa extrapenal, sino que dependerá, en primer lugar, de si el sujeto en concreto ostenta un estatus especial en razón de encontrarse sujeto a una institución, cuya existencia es anterior a la relación particular entre el individuo y el objeto de protección o, en segundo lugar, si por el contrario emana de la propia organización del sujeto. A los primeros se les llama delitos de infracción a deber o de responsabilidad por institución y a los segundos delitos de organización. En cuanto a los primeros, surgen de especiales relaciones que los individuos establecen con instituciones que determinan la identidad de la sociedad²¹¹ en cuanto implican el mantenimiento de los elementos fundantes de ésta y que solo podrán ser cometidos por quienes se encuentren en una especial relación

²¹¹ JAKOBS, G. 2004. Ob cit, pag. 132.

de confianza respecto de la institución, de tal forma que el deber le es impuesto por el estatus que ostenta, no pudiendo ser infringido por la totalidad de los individuos mientras no se vincules con dichas instituciones.

En estos casos se presentarán tipos configurados tanto en acciones como omisiones en función a la especial situación respecto del objeto de protección, ya que en cuanto deber de formar un mundo en común la norma consistirá en deberes positivos generadores de mandatos.

Por otro lado, los delitos de organización serán consecuencia de la forma particular en que el individuo ha organizado su mundo, en cuanto de la libertad de organización se deriva la correspondiente responsabilidad por las consecuencias que de ella surjan. Así, será el propio individuo quien se colocará en una situación de responsabilidad por la posibilidad o por el hecho mismo de que su configuración del mundo ha devenido en algo nocivo para el resto de quienes con él interactúan.

Dicho deber proviene de la obligación más básica y generalizada en todas las sociedades, por ello es tratada por Jakobs como “la obligación originaria” y ello reza en algo tan elemental como “no dañes a otro”. De esta obligación originaria, al estar configurada como prohibición, habría de derivarse, en principio, exclusivamente delitos de acción, pero muy por el contrario puede también tener origen delitos de omisión. Jakobs llega a esta conclusión al

considerar que en determinadas situaciones la organización del mundo de un sujeto pueda tener tal influencia en la organización del mundo de otro que aquel que interviene en lo ajeno ha de realizar conductas positivas tendientes a normalizar la situación que su mundo ha originado en el de otro. Con esto “la obligación originaria tiene pues como contenido pagar el precio de la libertad, a saber, mantener el propio ámbito de la libre organización-de la forma que sea-en una situación inocua para los demás”²¹². De esta manera, puede concluir Jakobs que “la unión del arbitrio de uno con el arbitrio de otro según una ley general de libertad se produce bajo la condición de que las personas se manejen libres con su cuerpo, esto es, no sólo mediante prohibiciones jurídicas, sino que también tiene que incluir mandatos jurídicos, precisamente aquéllos, de cambiar la situación del cuerpo mediante una actividad si es que en caso contrario amenaza un daño para el otro”²¹³.

Así, del deber negativo “no dañes a otros” emanan tres variantes de mandatos que tendrán lugar cada vez que se pueda intervenir en lo ajeno. En primer lugar, se tiene el deber de aseguramiento conforme al cual la organización de un individuo debe mantener indemne la organización ajena, por lo que toda conducta del sujeto debe tener en cuenta y velar porque no perturbe, al menos de forma socialmente inadecuada, lo de otro. En segundo lugar, el deber de asunción que resulta de haber dejado en situación de

²¹² Ibid, pag. 118.

²¹³ Ibid, pag. 117.

vulnerabilidad una organización ajena ya que “se disminuyen las protecciones ya existentes que actúan en una organización ajena; el deber en virtud de asunción es el sinalagma de esa disminución de la seguridad ajena”²¹⁴, con lo que el sujeto responsable debe encargarse de “compensar ese deterioro con aportaciones propias”²¹⁵ con lo que se busca establecer una equivalencia en la configuración alterada mediante la actividad. Finalmente se encuentra el deber de salvamento conforme al cual se debe buscar la forma de anular la situación de peligro existente en un momento determinado volviendo a dejar la situación tal como se encontraba al instante de no peligro.

Con esto Jakobs, llega a la misma conclusión que Roxin respecto de los delitos de infracción a deber en cuanto no existe diferencia entre acción y omisión, pero el primero amplía dicha conclusión a todo tipo de configuración del tipo legal. De esto se concluye, “el criterio clave es la “competencia”, el “ser-competente”, ya sea competencia a consecuencia de un status negativo-el deber de no dañar a los demás-, ya sea a consecuencia de un status positivo – el deber de configurar plena o parcialmente un mundo en común-. La separación de acción y omisión afecta a una cuestión técnica de segundo orden, a saber: cómo hay que organizar para cumplir con el deber, partiendo del -casual- statu quo existente. La configuración de la Sociedad, sin embargo, no se plasma en tales naturalismos (acción/omisión) o en estructuras lógico-

²¹⁴ JAKOBS, G. 2004. Ob cit, pag. 154.

²¹⁵ Ibid, pag. 155.

materiales ajenas a ella, sino en instituciones (status negativo/status positivo)”²¹⁶.

Se distinguen además en que, de forma similar a lo planteado por Roxin, en los delitos de organización la autoría está determinada por el dominio del hecho, pero a su vez se diferencia en que no será excluyente en el entendido de que para el autor recién mencionado, en la actividad delictual quien tiene dominio del hecho, o mejor dicho dominio del riesgo, es autor y quien no, mero partícipe. Más bien, ve Jakobs que todo interviniente tiene dominio, pero no con el mismo quantum. Con lo que el criterio del dominio sirve para fines de cuantificación de la intervención y con ellos graduar el nivel de responsabilidad. Así “la separación entre autoría y participación (inducción y complicidad) no es una distinción entre tipos de codelincuencia claramente diferenciados, sino, por el contrario –y especialmente en la separación de autoría y complicidad- sólo es una ordenación –que no puede ser muy exacta- en función de cantidades de intervención y, con ello, de dominio del hecho (...) no se trata de si habrá imputación, sino de la preparación de la medición de la pena”²¹⁷.

Por otro lado, en los delitos de infracción de deber la autoría se define simplemente por el incumplimiento del deber de solidaridad en virtud de la institución a la que se encuentre vinculado el sujeto, sin importar si en las

²¹⁶ JAKOBS, G.2004. Ob cit, pag. 146.

²¹⁷ JAKOBS, G. 2000. El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. Universidad Nacional del Litoral, pag. 103.

concretas circunstancias el dominio le pertenecía al obligado o no. Aunque los márgenes de los delitos de infracción de Jakobs sean distintos a los tratados por Roxin, siguen las mismas reglas para efectos de determinar la autoría y participación, distinguiendo entre intraneus y extraneus.

Por otro lado, se distingue como categoría común a los delitos de organización e institucionales, los delitos especiales que no obstante ser realizados por quien tenga una determinada cualificación sólo serán delitos de infracción a deber si tienen como fuente una institución, de no ser así serán de organización con la particularidad de que el sujeto activo es restrictivo. Nuevamente se diferencia de lo señalado por Roxin que ve como sinónimo a los delitos de infracción a deber y los delitos especiales. De esta forma, el delito de quiebra será siempre especial según Jakobs, pero no necesariamente un delito de infracción a deber, sino sólo en el caso en que se funde en una institución, lo que sucede en el caso de representación legal de personas incapaces del artículo 233.

Así entendidas las cosas, la empresa es un tipo de organización donde pueden darse diversas vulneraciones a las expectativas, algunas de una entidad tal que atenten contra la vigencia de las normas ya sea de aquellas que regulen el funcionamiento interno de ella o su desenvolvimiento en el mercado o sistema económico. Ahora bien, dado que no toda organización es de responsabilidad de todos sus integrantes, la responsabilidad irá determinada

por la competencia de aquel miembro cuyo deber institucional le obligue a actuar de cierta forma con la finalidad de proteger una realidad preformada.

3.5.2.3.3. Determinación de la autoría o autoría como competencia.

Analizando el organigrama de toda empresa notamos, como ya se ha dicho, que no todos sus integrantes cumplen las mismas funciones ni con la misma intensidad, por el contrario y como particularidad de la moderna empresa, tanto la propiedad, como la administración y finalmente la ejecución se encuentra a cargo de diferentes sujetos. Y, así mismo, a mayor jerarquía más generales son las atribuciones pero menor injerencia en la ejecución material del giro.

De ahí que se adopte por los seguidores de Jakobs un tipo de imputación que atribuye la responsabilidad penal a aquel miembro de la empresa que en consideración al rol que cumple en ella ha de considerarse como competencia de su ámbito de organización o a su estrecha vinculación a una determinada institución. Con esto no será la mera causación, el criterio determinante para atribuir responsabilidad dentro de la empresa, sino que será un criterio normativo el que determinará quién ha de resultar competente, independientemente de quien haya resultado ser ejecutor de propia mano. De esta forma, “lo decisivo es la competencia; en los delitos en virtud de competencia por organización, una competencia por el empeoramiento de otra

organización (infracción de un deber negativo), y en los delitos de deber, una competencia por no mejorar la situación (infracción de un deber positivo, lo que -desde luego- abarca el empeoramiento)”²¹⁸.

Dado las particularidades del Derecho Penal de la empresa nos corresponde analizar las competencias de las diversas figuras estatutarias que se pueden presentar de acuerdo a los delitos de dominio, para lo que seguiremos lo señalado por García Caveró. En primer lugar, el caso de los propietarios: éstos se han encargado de poner dentro de su competencia la organización derivada de la empresa haciéndose responsable debido a la escisión propiedad/administración, tan sólo de las consecuencias de la adecuada o inadecuada constitución de la empresa y de la orientación que, a grandes rasgos, ha de tomar el negocio, con lo que “estos son los aspectos relevantes de la esfera de organización de los socios de la empresa y por los que deberán responder en caso de realización de un hecho delictivo (sea por su propia actuación, sea por la de un miembro de la empresa), a no ser que voluntariamente asuman la dirección de la empresa u otros ámbitos de organización específicos dentro de la empresa”²¹⁹.

En el caso de los directores al tener mayores facultades de administración su ámbito de competencia aumenta con lo que “su responsabilidad penal debe abarcar la toma de decisiones antijurídicas en la

²¹⁸ JAKOBS, G. 2000, Ob cit, pag. 119.

²¹⁹ GARCIA, P. 2006. Ob. Cit, pag. 14.

administración de la empresa, así como también la ejecución, por ellos mismos o por subordinados, de los aspectos establecidos en las mismas. Hay que reconocer, sin embargo, que su posición en la estructura empresarial les impone además competencias de control y vigilancia generales sobre las prestaciones de sus subordinados en la empresa, así como también un deber de evitar configurar la administración general de la empresa de una manera tal que resulten idóneas para la realización de hechos delictivos de otros miembros²²⁰. Pero como el directorio actúa como órgano, o sea toma las decisiones de manera colegiada, no todos resultarán responsables por los acuerdos tomados, ya que un director se pudo mostrar en oposición al acuerdo antijurídico o pudo encontrarse fuera del lugar donde la votación tuvo lugar. De esta forma, serán responsables todos y únicamente aquellos que votaron a favor y quienes se abstuvieron los responsables por el acuerdo antijurídico o que con posterioridad hayan mostrado su conformidad con él.

Finalmente, en el caso de los gerentes y administradores en general, tienen la particularidad de tener como competencia no solo de ciertas decisiones que les corresponde tomar, sino también la ejecución de actos de acuerdo a órdenes tomadas por sus superiores. Por esto “cumplen una función de catalizador entre las decisiones y la ejecución de las mismas, por lo que no

²²⁰ GARCIA, P. 2006, Ob cit, pag. 14.

debería alcanzarles, en principio, una responsabilidad penal, en tanto las decisiones vienen de arriba y quienes las ejecutan son los de abajo”²²¹.

3.5.2.3.4. En particular: el actuar en lugar de otro.

Dicho todo lo anterior a modo de preámbulo, corresponde estudiar el fundamento que según Jakobs y sus seguidores tiene el actuar en lugar de otro. Contextualizando, el actuar en lugar de otro tendrá lugar en los delitos especiales en cuyo caso la autoría sólo podrá atribuirse a quien ostente determinada cualificación. Así, en principio, sólo el intraneus podrá ser imputado descartando al extraneus o sujeto no cualificado. Pero como igualmente el extraneus puede ingresar a las competencias del intraneus aquel puede resultar imputado.

Se distingue nuevamente si el delito es especial de dominio o especial de infracción a deber para efectos de determinar la autoría. Nos encontraremos ante el primer caso, cada vez que un sujeto haya ampliado su esfera de organización a un ámbito de organización ajeno, asumiendo responsabilidad como si se tratará de su propia competencia por “la asunción de la posición especial del destinatario de la norma”²²². De esta forma, en el actuar en lugar de otro en los casos de delitos de dominio, se hace responsable a aquel que actúa como otro por asumir libremente una competencia sobre ámbitos ajenos,

²²¹ Ibid, pag. 24.

²²² GARCIA, P. 2001, Ob cit, pag. 136.

haciéndose responsable en los casos en que dicha organización perturbe la configuración normativa de la sociedad, debiendo contar en los casos de delitos de la empresa y en particular en el delito de quiebra, con una apariencia de administrador de la empresa siendo “necesario que el administrador de hecho aparezca ejerciendo realmente las funciones de administración desde las cuales se pueda afectar el bien jurídico”²²³. Se presenta la particularidad como consecuencia de lo anterior, que en los delitos de dominio por actuar en lugar de otro no se requiera un vínculo jurídico para ser competente, sino que basta una asunción de hecho que genere la apariencia de actuar en el ámbito de organización ajeno.

Por otro lado, cuando se trata de un delito de infracción a deber, el sujeto extraneus tendrá responsabilidad en los casos en que el intraneus haya delegado las funciones propias del deber institucional que se sustentan en el rol especial, no obstante seguir siendo un sujeto ajeno a ella por no concurrir en él los elementos especiales del tipo. Así, cuando por la complejidad del mundo empresarial se trasladen funciones a un extraneus, éste pasará a ser un sujeto imputable por la no colaboración en mejorar la situación de la institución con la que se encuentra vinculado el delegante.

²²³ GARCIA, P. 2006. Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular. Revista para el Análisis del Derecho, pag. 6.

3.5.3. Nuestra Postura.

El criterio del dominio, ya sea sobre el fundamento del resultado como dominio social, nos parece ser un criterio práctico y eficaz a la hora de imputar responsabilidad a quienes actúan en lugar de la persona jurídica.

En cuanto al criterio adoptado por Roxin, que funda el actuar en lugar de otro en el traspaso de un deber extrapenal, tiene el problema de que adolece de las debilidades que se han manifestado respecto de los delitos de infracción a deber en cuanto se los señala como una categoría "...de una artificiosa, innecesaria y, en cierto modo, peligrosa construcción conceptual..."²²⁴, por lo que no permite una base sólida para este fenómeno. Y lo mismo ocurre respecto a lo propuesto por Blauth, en la medida en que las infracciones a deber aludidas por este autor, carecen de contenido.

Respecto al criterio normativo propuesto, las críticas²²⁵ se sitúan en el desconocimiento que se hace de que detrás de todo delito de deber hay un delito de dominio de un resultado lesivo. Se ve ciertamente, por ejemplo en la tentativa, que hay conductas que también ponen en peligro o lesionan un bien jurídico en virtud de que el sujeto domina curso de los hechos. Esta relación da cuenta de la contraposición entre "...los delitos de deber por incumbencia o simplemente delitos por competencia organizativa [y] los delitos de deber o de

²²⁴ GARCÍA. 2001. Ob Cit, pag 127.

²²⁵ CUELLO, Ob Cit, pag 1-28

omisión de actuar a favor de una institución cumpliendo deberes positivos...”²²⁶. No todo incumplimiento de un deber proveniente de una institución fundamenta la imputación de una omisión, sino solo aquellas que equivalen a las acciones. Por tanto la equiparación entre acción y omisión que se hace respecto de aquellos delitos de responsabilidad por institución, no es totalmente efectiva, pues las instituciones protegerán un bien jurídico de ataques “...a través de acciones que inmediatamente atenten contra su funcionamiento, y a partir de ahí otras formas, las que incluyen la prevención de peligros más y menos remotos”²²⁷.

A diferencia de estas teorías la virtud del dominio como base del actuar en lugar de otro es que se fundamente en la figura del bien jurídico y no en la infracción a deber. En virtud de este criterio es que se intenta establecer un concepto unitario de autor mediante el dominio que tenga el sujeto respecto la vulnerabilidad del bien jurídico o la accesibilidad de este dentro de su ámbito de actuación. Además, siempre se termina por recurrir al dominio que tiene el sujeto que comete la conducta sobre una posición especial respecto del bien jurídico.

Por último, y teniendo en cuenta las características de la actual estructura empresarial respecto de las figuras del representantes, administradores o gerentes de una empresa, se condice con la idea de la

²²⁶ Ibid, pag 14.

²²⁷ Ibid, pag 14.

posición de garante que asumen o acceden, idéntica a la de la persona jurídica respecto del bien jurídico, en virtud del ámbito de funciones que ejercen.

3.5.4. Soluciones planteadas en el derecho comparado.

En la legislación alemana, frente al problema de imputación de responsabilidad se intentó buscar fórmulas que salvarán la impunidad: en una primera etapa, se intentó con la ampliación del círculo de destinatarios incluyendo a los administradores de las sociedades. Sin embargo, ello no fue totalmente satisfactorio, puesto que, esta cláusula no lograba comprender todos los delitos concursales. Es por ello que, posteriormente, se buscó soluciones “desde dos perspectivas: de *lege lata* mediante una interpretación de los tipos penales vigentes que permitiese incluir dentro del círculo de destinatarios de la norma de los delitos especiales también a los órganos y representantes; y de *lege ferenda* mediante la recomendación de la inclusión de normas particulares en los tipos penales de la parte especial o de una cláusula general, que ampliase la amenaza penal también a los representantes”²²⁸. Actualmente nos encontramos con una redacción de una única cláusula de la parte general que comprende los casos de actuar en lugar de otro. Así el artículo 14 del Código Penal Alemán²²⁹ hace una descripción más bien material que formal,

²²⁸ GARCIA (2001), ob cit, pag 107.

²²⁹ El número 14 del Código Penal Alemán reza: “§ 14. **Actuar por otra persona** (1) Alguien actúa 1. como órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembro de tales órganos 2. como socio con poder de representación de una sociedad comercial de personas; o, 3. como representante legal de otro, así una ley fundamenta la punibilidad de acuerdo con las especiales cualidades personales, las relaciones o las circunstancias (características especiales personales), también se debe aplicar al representante aún cuando esas características no las tenga

enunciando situaciones en las que se puede dar el lugar de otro, independiente de las personas, cargos o cualificaciones específicas de que esté investida una persona al momento de cometer la conducta punible.

Por otro lado, la legislación española ha tenido una evolución en esta materia a partir de la reforma del Código Penal de 1983, por cuanto las disposiciones legales anteriores a esa fecha hacían punible las situaciones de actuar en lugar de otro sólo respecto de delitos específicos, de manera muy reducida y bajo exigentes condiciones, principalmente respecto de delitos socioeconómicos. De la misma forma en que sucedió en Alemania, se intentó colmar las lagunas de punibilidad mediante la incorporación de un precepto en la parte general del código inspirado en la solución alemana. Ello se plasmó primeramente en el artículo 15 bis, pero que por deficiencias principalmente en lo referente a la limitación de alcance a personas jurídicas, incluyéndose ahora también a las físicas; y a una mayor especificación de la figura del

él pero si existan en el representado. (2) Si alguien es autorizado por el propietario de una empresa o por alguien autorizado para ello 1. encargado de dirigir totalmente o parcialmente la empresa; o, 2. expresamente encargado a salvaguardar bajo su propia responsabilidad, tareas que le corresponden al propietario de la empresa, y actúa el con fundamento en ese encargo, entonces la ley es la que fundamenta la punibilidad de acuerdo con las características especiales personales. Esto también se aplica al encargado, aún cuando esas características no las tenga él, pero si existan en el propietario de la empresa. 2 Al establecimiento en el sentido de la primera frase se debe equiparar la empresa. Si alguien actúa con base en un encargo correspondiente para una entidad que salvaguarda tareas de la administración pública, entonces se debe aplicar mutatis mutandis la primera frase. (3) Los incisos 1 y 2 también son aplicables cuando el hecho jurídico en que se debía fundamentar el derecho de representación o la relación de mandato es ineficaz.”. Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Traducción de LOPEZ DIAZ, Claudia. [En línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf> (consulta: 11 de enero de 2014)

representante se cambió la denominación de directivo a administrador de hecho o de derecho, se modificó en el actual artículo 31²³⁰.

En el caso chileno, es posible indicar que se establecería en cada una de las figuras en que es necesaria esta institución; es así como respecto de los delitos de quiebra, el artículo 232 de la Ley de Quiebra se establece una clausula de actuar en el lugar de otro.

3.5.5. Caracterización de las figuras de los artículos 232 y 233.

La doctrina engloba los tipos del delito de quiebra que pueden ser cometidas por personas distintas del fallido o, en otras palabras, mediante la figura del actuar en lugar de otro, bajo la denominación de delito de quiebra impropia. Así, por ejemplo, Juan Esteban Puga señala que son “las figuras cometidas por los administradores generales del patrimonio de un tercero fallido, sea éste persona jurídica o natural”²³¹. Esta definición, aunque no es incorrecta, consideramos que no percibe la esencia de la institución que implica el actuar haciendo uso de la personalidad de otro, que es algo que va más allá que simplemente poseer facultades amplias de administración. Más bien hace referencia a que en los hechos se pueda entender como equivalente la

²³⁰ Así el antiguo artículo 15 bis señalaba que “el que actuaré como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma responderá personalmente, aunque no concurra en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”, mientras que el actual artículo 31, de manera similar dice “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

²³¹ PUGA, J., Ob cit, pag. 253.

personalidad jurídica de dos personas pudiendo una de ellas obligar a otro como si ese otro actuara y, en el caso de quiebra, realizar la conducta que en definitiva tenga la entidad suficiente para generar una cesación de pagos. Evidentemente, aquel que actúe en lugar de otro se le denominará administrador, pero dicho concepto viene a llenar la necesidad de determinar quién es el sujeto activo de la conducta típica que justamente, en términos generales, cometerá un administrador, no obstante la ley lo nombre de diversas formas (director, gerente, representante, etc.)

A propósito del delito de quiebra la ley distingue en sus dos artículos destinados al tema el tratamiento para los administradores de personas jurídicas, artículo 232, y de personas naturales artículo 233. Aun así, en ambos casos las acciones y omisiones típicas son las estudiadas anteriormente y enumeradas en los artículos 219 y 220 con la salvedad, lógicamente, de que el resultado de quiebra se generará en un patrimonio distinto de aquel sujeto que en los hechos actúa. De esta forma, y teniendo en cuenta dicha salvedad, consideramos aplicable todo lo ya dicho sobre el tipo objetivo y subjetivo del delito de quiebra, pues tan sólo varía el sujeto activo pero que, en los hechos, actuará como la persona del fallido.

3.5.5.1. Delito de quiebra en el caso de fallido persona jurídica.

El artículo 232 inciso primero señala lo siguiente:

“Los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuyo giro quede comprendido en el artículo 41°, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como procesados 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.”

Al igual que el artículo 218 limita la responsabilidad a los casos en que el giro del fallido persona jurídica quede comprendido en el artículo 41 y señala con ello que los sujetos activos serán los directores, gerentes y administradores. La relación entre estos términos es de género a especie, siendo el género el administrador y la especie los directores y el gerente, ya que estos hacen referencia al caso particular de la sociedad anónima. Asimismo, al considerar en el artículo 41 actividades distintas y adicionales a los actos de comercio, se puede dar el caso de sociedades civiles en quiebra y con ello su administrador como imputado por delito de quiebra impropia.

Como se dijo anteriormente, en los casos de sociedades colectivas y de sociedades en comanditas respecto de los gestores, la quiebra de la sociedad significa también la quiebra de los socios. Esto, además de tener como fundamento la responsabilidad solidaria de los socios, resulta lógico en atención

a que, por regla general, serán ellos quienes ejerzan la administración. Entonces salvo que los estatutos señalen otra cosa, en las sociedades colectivas la administración y propiedad coincidirán.

Respecto de la sociedad de responsabilidad limitada se siguen las mismas normas de administración que para las sociedades colectivas. La sociedad en comandita por acciones es administrada por dos órganos: la junta de vigilancia y la asamblea general, por los que serán sus miembros los que puedan resultar imputados en su caso.

Ahora bien, en la sociedad anónima la administración está entregada a diversos entes, con diversas jerarquías y competencias excluyentes entre sí y, a mayor jerarquía, más generales serán éstas. En primer lugar está el directorio que “es un órgano colegiado de la sociedad cuya función primordial es la administración superior de la misma. Es el órgano que fija las políticas legales, económicas y financieras de la sociedad y que se involucra en la ejecución de determinados actos y contratos relevantes que celebra la sociedad”²³². Este órgano actúa mediante reuniones, ya que en cuanto órgano es el colectivo de los directores o miembros del directorio quienes han de actuar a nombre de la sociedad. No obstante ello, en cuanto órgano colegiado, no todos sus integrantes serán responsables de los acuerdos a que se lleguen, ya que al ser la responsabilidad penal de carácter personalísima no se trasladará a sujetos

²³² PUGA, J. 2011. La Sociedad Anónima y otras Sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, pag. 349.

que no han realizado la acción u omisión delictual. A nuestro parecer no basta con la abstención en el acuerdo antijurídico, sino que se requiere la oposición a éste, en relación a la posición de garante del director que le obliga a ser un agente activo en la búsqueda de la maximización de utilidades de forma legítima por parte de la sociedad²³³. Luego se encuentra el gerente que “es el representante permanente del directorio y su función principal consiste en ejecutar los acuerdos de éste”²³⁴. Como se señala en la definición al ser ejecutor será quien acometa el acuerdo antijurídico, por lo que su señalamiento en la ley está más que justificado, a lo que se suma que el gerente participará “con derecho a voz en las sesiones del directorio (...) lo que tiene como contrapartida la responsabilidad del gerente”²³⁵.

Ahora bien, por administración no sólo debemos entender como lo señala el diccionario de la RAE “ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o bienes ajenos”, sino que debemos agregar que dicho administrador debe actuar haciendo uso de la razón social de la persona jurídica tanto como para obligarla como para generar la apariencia de un actuar en lugar de otro y, además, al señalar el artículo 232 que el actuar u omitir se haya hecho en la “dirección de los negocios del fallido” se exige además que el sujeto debe “haber estado ejerciendo su cargo de administración general cuando se ejecutó la acción o se

²³³ En este punto nos distanciamos de Puga para quien basta con la abstención para que no se genere la responsabilidad penal.

²³⁴ CONTRERAS, O. 2011. Instituciones de Derecho Comercial Tomo I.3ª Edición. Lexis Nexis. Santiago, Chile, pag. 416.

²³⁵ PUGA, J. 2011, Ob cit, pag. 524.

incurrió en la omisión”²³⁶ y que en cuanto se pretende obligar a la persona jurídica se exige que “el delito en cuestión debe estar dentro de la esfera de administración orgánica del agente”²³⁷. Esto, porque no debemos olvidar que la persona jurídica ha de caer en quiebra, lo que sucederá cuando por la cesación de pago se encuentre en imposibilidad de hacer frente a las obligaciones válidamente celebradas y que por ellos han de afectar su patrimonio.

A continuación se dice que el administrador debió estar en conocimiento del estado de los negocios del fallido, con lo que no se hace más que exigir un dolo directo para efectos de hacer sancionable la conducta antijurídica, ya que quien administre deberá saber de la puesta en peligro del bien jurídico que se generará con la conducta y la correspondiente posibilidad de quiebra.

Finalmente se señala que no solo en la ejecución directa del ilícito habrá responsabilidad, sino que además en casos de autorización expresa, lo que resulta coherente con la posición de garante que se ostenta.

El inciso segundo del artículo 232 señala que:

“Serán castigados con reclusión o relegación menores en su grado mínimo a medio si se han repartido dividendos a los socios, a propuesta del directorio, a sabiendas que no correspondían a utilidades efectivas. La pena se elevará en un grado si esos repartos han ocasionado la quiebra.”

²³⁶ PUGA, J. 2002, Ob cit, pag. 262.

²³⁷ Ibid, pag. 262.

Sobre esto podemos señalar que solo puede ser cometido dentro de la sociedad anónima por el empleo del término dividendo y mención al órgano directorio. La conducta tipificada se generará de dos formas, a saber: “proponiendo a la junta de accionistas un reparto indebido o acordando muto propio el reparto de dividendos provisorios, esto es, dividendos contra las utilidades del ejercicio en curso”²³⁸.

En segundo lugar, nuevamente se exige que el sujeto tenga un conocimiento especial equivalente a saber que los dividendos no correspondían a utilidades efectivas, o sea que para sancionar se requiere dolo directo.

A efectos de la última parte del inciso, en cuanto agravante por la producción de la quiebra, creemos que se ha de tratar conforme al aumento de riesgo permitido de acuerdo a las reglas de imputación objetiva abordadas anteriormente.

3.5.5.2. Delito de quiebra impropia del fallido persona natural.

Luego el artículo 233 inciso primero dice que:

“Los factores o representantes del fallido que sea persona natural serán castigados como autores de quiebra culpable o fraudulenta si, en representación de su principal o mandante y en conocimiento de la situación de éste, hubieren ejecutado sin órdenes o instrucciones suyas algunos de los actos

²³⁸ PUGA, J. 2002, Ob cit, pag. 268.

o hubieren incurrido en algunas de las omisiones a que se refieren los artículos 219° y 220°”.

Concordamos con Juan Esteban Puga en relación a que se requiere un poder general de administración para estar frente a esta figura. Esto, porque el texto exige que el acto se ejecute sin instrucciones del mandatario, cosa que no sucederá en caso de que solo se autorice un acto por poder especial, en consideración a que la autorización será tan específica que evidenciará un conocimiento del mandante en el actuar del mandatario traspasando la responsabilidad al primero.

A nuestro parecer nuevamente estamos ante un tipo que exige un dolo directo al requerir que se actúe u omita en conocimiento de la situación patrimonial del mandante, por lo que el representante al realizar la conducta típica sabe que derivará en una cesación de pago y con ello en una quiebra.

3.5.5.3. Delito de quiebra impropia del fallido incapaz.

Finalmente el artículo 233 inciso final dispone:

“Las inhabilidades, medidas preventivas y penas que procedan, se aplicarán, en el caso de incapaces, a los representantes legales que hubieren intervenido en los actos o contratos que produjeron el mal estado de los negocios o en los que den fundamento para declarar la quiebra culpable o fraudulenta.”

Con esto solo se abarca a los deudores calificados que ejerzan actividades industriales, mineros o agrícolas, pues el deudor comerciante siempre será capaz. Se puede señalar además que considera tanto al representante del incapaz relativo como del incapaz absoluto.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo de esta memoria se ha dado explicación a uno de los problemas más apremiantes para la doctrina penal de la actualidad. No sólo se ha pretendido caracterizar el delito de quiebra en la ley chilena, sino que también y principalmente partir de ese caso particular para dar a entender las muchas complejidades a las que nos enfrentamos al intentar tratar estas nuevas conductas que atentan contra la sociedad en cuanto la economía se ha convertido en un factor fundamental de su funcionamiento y desarrollo.

Los penalistas lo han entendido así y abundan los centros especializados y las universidades con posgrados en materias penales económicas. Pero, no obstante, la abundancia de autores dedicados a estas materias y los sin número de escritos que abundan por internet, siguen existiendo graves deficiencias a la hora de tipificar estos delitos que desafían gravemente las construcciones clásicas de dogmática penal.

Frente a esto, nuestra idea que en un comienzo se reducía a caracterizar las formas de comisión y omisión de delitos por terceros distintos del fallido, se expandió a un estudio principal del contextos general en que se desarrolla la idea de delito económico que son, en definitiva las que otorgan las singularidades al delito de quiebra. Mucho se ha dicho acerca del delito de quiebra, tanto en la doctrina extranjera como nacional, pero poco se ha hecho

para identificarla dentro de un conjunto más amplio de conductas atentatorias contra el orden económico. Como se desprende de este trabajo, sin una comprensión del problema general ninguna conclusión a la que se llegue en el problema particular será correcta o por lo menos debidamente fundamentada.

Ahora bien, como contribuciones que podemos formular al estudio de este delito tenemos las siguientes:

- 1) Tipificar el delito de quiebra impropia como una cláusula general para abarcar también a los administradores de hecho y no sólo a quienes se indica en los artículos 232 y 233 de la ley de quiebra. La vida económica y comercial es sumamente dinámica, rápida y en muchos casos exenta de formalidades que fomentan el desenvolvimiento de los agentes de comercio. Por ello, en vez de hacer aplicable el delito de quiebra sólo a quienes aparecen enumerados en los artículos mencionados, urge una reforma que consiga abarcar a todo aquel que se encuentre en una posición tal que le permitan afectar el patrimonio de una empresa y con ello al bien jurídico.

Como dijimos en el capítulo de la autoría, los criterios de atribución formales, como el de Roxin, son muy criticados y por el contrario se han de preferir criterios de atribución de responsabilidad fundados únicamente en el dominio. De esta forma, si la ley acoge dicho criterio, dejando de lado la vinculación de la autoría a deberes en normas extrapenales (directores,

gerentes, representantes, etc.) y exigiendo sólo el dominio sobre la producción del resultado para resultar punible la conducta.

- 2) Cambiar la denominación de las quiebras como fraudulentas y culpables para evitar el equívoco que produce entre la culpa y dolo, civil y penal. Como se hizo notar, son varias las opiniones que aparecen en la doctrina sobre cuál sería el significado correcto que se le debe dar a los conceptos culpable y fraudulenta. Pero la relevancia de esto va más allá de lo que en principio parece ser una diferenciación terminológica, sino que tiene especial relevancia en atención a que según el alcance que se les dé a dichos conceptos será en definitiva el ámbito de punibilidad: sólo las conductas dolosas o además las culposas. Nosotros optamos sólo por considerar las primeras dentro del alcance del tipo, pero es deber del legislados indicar de forma precisa la correcta determinación del tipo penal.
- 3) Colocar el tipo en el código penal. Esta es una crítica a la generalidad de los tipos que consagran a los delitos penales económicos dentro del ordenamiento jurídico. Aunque la inflación normativa lleve a que día a día se incorporen nuevas leyes al ordenamiento jurídico que pretenden ir adaptándolo a las nuevas necesidades, pero no por ello se debe dejar de lado la necesaria codificación penal, no sólo para hacer más accesible la totalidad de los tipos penales, sino que además para que se le pueda

atribuir toda la parte general del texto penal al momento de interpretarlo para darle el mejor alcance de acuerdo a las concretas circunstancias.

- 4) Muy relacionado con lo anterior, que por la función sistemática del bien jurídico todos los delitos socioeconómicos se agrupen en un mismo título.

Finalmente, que se especifique que el delito de quiebra consiste en una quiebra provocada por las conductas tipificadas para eliminar toda duda acerca de la posibilidad de que sean delitos de peligro abstracto. Nuestra caracterización como un delito de peligro concreto se derivó del contexto en que se tipifica el delito y por el rechazo que manifestamos contra la doctrina que profesa la existencia de delitos de peligro abstracto, consideramos que el legislador igualmente debe repudiar expresamente esta posibilidad con una correcta redacción.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO, M. 2006. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Revista Penal N° 18. España. Editorial La Ley.
- ARIAS, M. Bases sociológicas del Funcionalismo Penal Contemporáneo [en línea]<perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_18.pdf>[Consulta: 15 de enero de 2013]
- ARTEAGA, I. 2002. En busca del concepto jurídico de empresa. Revista Chilena de Derecho Volumen 29 N°3: 603-620.
- BACIGALUPO, E, 2000. Derecho Penal Económico. Buenos Aires, Argentina. Ed. Hammurabi.
- BAJO, M.
 - 1978a. Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial. Madrid, España. Ed. Civitas.
 - 1993b. Manual de Derecho Penal: parte especial: delitos patrimoniales y económico V2, 2da edición. Madrid, España. Centro de Estudios Ramón Areces.
- BALCARCE, F. 2007. Derecho Penal Económico. Origen multidisciplinario, caracteres y matices de su Parte General. Seminario sobre delitos económicos y recuperación de activos de origen delictivo (20 de junio de 2007). Policía Judicial de la Ciudad de Córdoba, I.N.E.C.I.P. Córdoba, Argentina.
- BUSTOS, J.
 - 1990a. Política Criminal y Bien Jurídico en el Delito de Quiebra. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 43, Fasc/Mes 1. Universidad de Friburgo.

- 1994b. Bien Jurídico en los Delitos Económico (charla dictada el 29 de septiembre de 1994). Colegio de Abogados de Chile. Santiago, Chile.
- CABEZAS, C. 2010. Los delitos de conducción bajo ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV: 227-280.
- CARRARA, F. 1978. Programa de Derecho Criminal, P.E., vol. VII. Bogotá, Colombia. Ed.Temis.
- CERVINI, R.
 - 2008a. Derecho Penal Económico. Perspectiva Integrada, en AA.VV. Revista de Derecho, N° 03, Montevideo, publicación arbitrada de la UCUDAL y Konrad Adenauer Stiftung, 2008. El mismo texto en el Site del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, http://www.ciidpe.com.ar/areas_especial_dpe.php.
 - [s.a.] Derecho Penal Económico. Concepto y Bien Jurídico. ICEPS, Secretaría General para América Latina. Consejo Consultivo Internacional.
- CESANO, J. 2010. La Imputación Penal en el Ámbito de la Empresa y las Estructuras Omisivas: Bases para su Análisis. Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico. [en línea] <http://www.ciidpe.com.ar/areas_general_dpe.php/area1/imputacion%20en%20el%20ambito%20de%20la%20empresa%20Cesano.pdf>[Consulta : 15 de enero de 2012]
- Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Traducción de LOPEZ DIAZ, Claudia. [En línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf> (consulta: 11 de enero de 2014)

- CONTRERAS, O. 2011. Instituciones de Derecho Comercial Tomo I.3° Edición. . Santiago, Chile. LexisNexis.
- CUELLO, J. 2011. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. Revista para el Análisis del Derecho, Nº. 1. España. Ed. Universitat Pompeu Fabra.
- DEMETRIO-CRESPO, E. 2010. Fundamentos de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas. Centro Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal Económico. [en línea] <http://www.ciidpe.com.ar/areas_general_dpe.php/area1/area1/posicion%20de%20garante%20empresario.pdf>[Consulta: 15 de enero de 2013]
- DIEZ, J. 2003. Practica y Teoría. La Racionalidad de las Leyes Penales. Madrid, España. Ed. Trotta, S.A.
- FEIJOO, B.
 - 2009a. Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico. Montevideo – Buenos Aires. Ed. B de F.
 - 2009b. Imputación de Hechos Delictivos en Estructuras Empresariales Complejas. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico [en línea]<http://www.ciidpe.com.ar/areas_general_dpe.php/area1/area1/area1/imputacion%20de%20hechos%20delictivos.feijoosanchez.pdf>[Consulta: 15 de enero de 2013]
- FERNANDEZ, G. 2004. Bien jurídico y sistema del delito. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF.
- GARCIA, P.
 - 2001. La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2° Época, nº 9: 103-140.

- 2006a. La imputación jurídico-penal a los miembros de la empresa por delitos de dominio cometidos desde la empresa. Conferencia pronunciada en Universidad Andrés Bello. Viña del Mar, Chile [en línea]
<http://www.ciidpe.com.ar/areas_general_dpe.php/area1/area1/area1/Imputacion.%20Garcia%20Cavero.pdf>[Consulta: 15 de enero de 2013]
- 2006b. Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular. Revista para el Análisis del Derecho [en línea] <www.indret.com/pdf/362_es.pdf>[Consulta: 15 de enero de 2013]
- 2008. Seminario Internacional: Los Delitos Imprudentes en el Ámbito Empresarial. Revista Estudios de la Justicia, N°10: 199-218.
- GARRIDO, M.
 - 2004a. El riesgo permitido como criterio valorativo. Anales de la Facultad de Derecho N°1: 35-43.
 - 2007b. Derecho Penal, 4ta ed. Santiago, Chile. Ed. Jurídica de Chile.
- GOMEZ, R. y EYZAGUIRRE, G. 2011. El derecho de quiebras. 2° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GRACÍA, L. 1985. El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, Teoría general. Zaragoza, España. Prensas universitarias.
- HEFENDEHL, R. 2007. La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos? Barcelona-Madrid. Ed Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- HENAO, L. y BALMACEDA, G. 2006. Introducción al Derecho Penal de la Sociedad Postindustrial. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, Colombia.
- HORMAZABAL, H. 1995. Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español. En:

Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España.

- JAKOBS, G.
 - 1996a. Sociedad, norma persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Civitas Ediciones. Madrid, España.
 - 2000b. El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. Universidad Nacional del Litoral.
 - 2003c. ¿Qué Protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma? En: AA.VV, El funcionalismo en derecho penal. Universidad Externado de Colombia.
 - 2004d. Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad. Civitas Ediciones. Madrid, España.
- KUNSEMULLER, C. 1997. Delitos de omisión. Apuntes basados en las clases impartidas por el autor en la Academia Judicial.
- LAZCANO, C. 2001. Teoría de los Aparatos Organizados de Poder y Delitos Empresariales. Centro de Investigación Interdisciplinario de Derecho Penal Económico [en línea] <http://www.ciidpe.com.ar/areas_general_dpe.php/area1/area1/area1/APARATOS_ORGANIZADOS_DE_PODER_Y_DELITOS_EMPRESARIALES._LASCANO.pdf>[Consulta: 15 de marzo de 2013]
- LOPEZ, M. 2000. El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales: contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal. Buenos Aires. Ed. Depalma.
- MALDONADO, F. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia N°7: 23-63.
- MARTINEZ-BUJAN, C.

- 1998a. Derecho Penal Económico: parte general. Valencia, España. Ed. Tirant Lo Blanch.
- 2002-2003b. Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes. Estudios penales y criminológicos, N°. 24. España.
- MATUS, J - Politoff, Sergio - Ramírez, María Cecilia. 2003. Lecciones Derecho penal chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- MUÑOZ, F.
 - 1998a. Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. Revista Penal N°1. Barcelona, España. Ed. Praxis.
 - 2004b. Derecho Penal. Parte Especial, 15 ° Edición. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch.
 - 2005c. ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial? [en línea] <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/teoria_delito/10.pdf>[Consulta: 15 de enero de 2013]
- PAOLINI, J. Algunos Criterios de imputación en el Moderno Derecho Penal Empresario.[en línea] <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,625,0,0,1,0>>[Consulta: 15 de mayo de 2013]
- PEREZ, C. 2005. Introducción al Derecho penal económico. En: BACIGALUPO ZAPATER (dir.), Curso de Derecho penal económico, 2ª ed.
- PUGA, J.
 - 2002a. Derecho concursal. Delitos de la quiebra, 2da. Ed. Santiago, Chile. Ed. Jurídica de Chile.

- 2011b. La Sociedad Anónima y otras Sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- RITTER, C. 2010 Un panorama sobre las distintas estrategias de atribución de responsabilidad en los delitos empresariales. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. [en línea] <<http://www.ciidpe.com.ar/areas.php/area1/panorama.ritter.pdf>> [Consulta : 15 de septiembre de 2013]
- ROXIN, C.
 - 1997a. Derecho Penal: Parte General, Tomo 1: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, España. Editorial Civitas.
 - 2000b. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. 7° Ed. Barcelona, Eds. Jurídica y Sociales.
 - 2006c. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Revista de Estudios de la Justicia N°7: 11-22.
- RIOS, R. 2010. Injusto monopólico. Entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Revista Derecho Y Humanidades, N° 16 vol. 1
[Enlínea]<<http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewArticle/16010/16525>> [Consulta: 29 de junio de 2013].
- SANCHEZ-VERA, J. 2002. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales, Barcelona, Madrid.
- SANDOVAL, R. 2007. Derecho Comercial, tomo IV, 6ta edición actualizada. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- SCHÜNEMANN, B.
 - 1988a. Cuestiones básicas de dogmática jurídico - penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Anuario de derecho

penal y Ciencias Penales, Tomo N°41, Fasc/Mes 2. España. Boletín Oficial del Estado, BOE.

- 2002b. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. ADPCP, Vol. LV.
- 2005c. El Dominio sobre el Fundamento del Resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. Trad. de M. Sacher, RDPA N°2
- SILVA, J. 2001. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, 2da edición. España. Ed. Civitas.
- SOTO, M. 2009. Apuntes de clases de la cátedra de Derecho penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- TIEDEMANN, Klaus.
 - 1985a. Poder Económico y Delito. 1era ed. Barcelona, España. Ed. Ariel.
 - 1993b. Lecciones de Derecho Penal Económico. 1° ed. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, España.
- VILLEGAS, E. [s.a.] Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales. [En línea] <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20091207_03.pdf>.[Consulta:08 de mayo de 2013]
 - ZUÑIGA, L. 2009. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Navarra, España. Ed. Aranzadi.