



UNIVERSIDAD DE CHILE.
FACULTAD DE DERECHO.
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL.

DELITOS EN LA BANCARROTA
Aspectos penales de la Ley 20.720, sobre
reorganización y liquidación de empresas y personas.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

JUAN PABLO RAMÍREZ ARAYA

Profesor Guía: Arturo Prado Puga

Santiago, Chile 2016

*“Y será este mundo mejor
si hubo quien, despreciando el dolor,
combatió hasta el último aliento,
con fe, a su estrella alcanzó.”*

Don Quijote, en la Obra Musical “El Hombre de La Macha”.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO 1: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	14
1- <i>Derecho Romano.....</i>	17
2- Edad media.....	23
3- Estatutos ciudades europeas.....	25
4- España colonial.	32
5- Legislación chilena anterior a la dictación de la Ley 20.720.	37
6- Concepto insolvencia punible.	51
CAPÍTULO 2: ANÁLISIS DE LA INSOLVENCIA PUNIBLE. PARTE GENERAL	56
1- Principios generales de la ley.....	57
2- Competencia.	61
4- Autoría en materia de delitos de bancarrota.....	66
5- Condición objetiva de penalidad en las insolvencias punibles.	69
6- La omisión como forma de comisión de los delitos de bancarrota.	73
7- Bien jurídico protegido.	75
CAPÍTULO 3: ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES INCORPORADOS POR LA LEY 20.720 AL CÓDIGO PENAL CHILENO. PARTE ESPECIAL	94
1- Artículo 463.	96
2- Artículo 463 bis.....	110
3- Artículo 463 ter.	121
4- Artículo 463 quáter.	138
5- Artículo 464.	146
6- Artículo 464 bis.....	161
7- Artículo 464 ter.	163
8- Artículo 465.	171
9- Artículo 465 bis.....	179
10- Artículo 466.	180
11- Responsabilidad civil derivada de los ilícitos concursales.....	189

<i>CAPÍTULO 4: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE INSOLVENCIAS PUNIBLES.194</i>	
1-	Aplicación temporal de la ley en materia de insolvencias punibles.....195
2-	Calidad del sujeto activo en las conductas de insolvencia punible.198
3-	El dolo directo como elemento constitutivo de las conductas tipificadas.203
4-	Naturaleza y aplicación de la indemnización por los delitos de insolvencia.208
<i>CAPÍTULO 5: DERECHO COMPARADO. EJEMPLOS DE INSOLVENCIA PUNIBLE EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA.....212</i>	
1-	España.....213
2-	Argentina.....218
3-	Alemania.221
4-	Italia.225
5-	Perú.229
6-	Estados Unidos de América.232
<i>CONCLUSIONES.....236</i>	
<i>BIBLIOGRAFÍA.....246</i>	

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo está dedicado por entero a mi familia. En especial a Mami Orlanda, que ha sido un pilar fundamental, no sólo en todo este proceso, sino que a lo largo de toda mi formación como persona, siendo mi permanente Ángel Guardián. A mi Madre, quien ha estado ahí para aguantar los embates de todas las dificultades surgidas en mi vida, y a quien le debo más que la vida, sino que el hombre que soy, los principios y valores que me ha entregado. Para ella son todos y cada uno de mis logros, de hoy, y los que vendrán. A mi Hermana Carolina, quien siempre ha sabido estar a la altura de las circunstancias, como una fiel amiga y compañera, brindándome todo su incondicional apoyo.

Agradezco a mis amigos y seres queridos, no sólo por haberme apoyado durante este periodo, sino que también por comprender mi situación, y por la paciencia por mi comportamiento, y por haber aportado más que un granito de arena en este trabajo, con ideas, materiales y recursos para su realización.

A mi fiel compañero Gandalf, quien con su sola presencia y mirada, me ha transmitido la paz necesaria durante estos meses.

Igualmente, quiero expresar mi gratitud al equipo de la Fiscalía de Banco de Crédito e Inversiones, quienes me permitieron desarrollar esta memoria mientras he sido integrante de ellos.

Agradezco de forma especial al Profesor Arturo Prado Puga, por su permanente apoyo, reprimendas y preocupación. Sin su constante presencia durante el proceso de escritura, este proyecto no se hubiera podido concretar.

Y finalmente, agradezco a todos quienes hicieron posible la realización de esta obra.

INTRODUCCIÓN.

Con fecha 30 de diciembre de 2013, en nuestro país se promulga la Ley 20.720, que se encarga de sustituir el régimen concursal vigente hasta la época, la Ley 18.175, denominada “Ley de Quiebras”, integrada al Código de Comercio nacional como su Libro IV, por un sistema de reorganización y liquidación de empresas y personas, comenzando a regir dicha nueva normativa el día 10 de octubre de 2014, siendo uno de los objetivos principales del legislador concursal otorgar una oportunidad al deudor para reemprender su actividad económica, que por diversos motivos, ha experimentado un notable deterioro, llevándolo a la precaria situación de insolvencia.

Esta mencionada Ley 20.720, en adelante, la Ley, ha significado un cambio de paradigma en lo que al sistema concursal chileno se refiere, puesto que, ha venido a sustituir un modelo de larga data, que pese a los cambios, se mantuvo en vigor durante varias décadas de nuestra historia, y a modificar conceptos que se encontraban arraigados en nuestra legislación

concurzal, y con ello, en el ámbito mercantil, y también en la práctica judicial.

La motivación principal del cambio antes mencionado se basa en la idea fundamental de que, como sociedad, vemos a los diversos emprendedores como agentes económicos protagonistas dentro de nuestro sistema de mercado (llegando a ser denominados en un sin número de oportunidades como “el motor de la economía”), no sólo en lo que a inversión o al comercio propiamente tal se refiere, sino que también en otros aspectos tan relevantes como, por ejemplo, en el ámbito laboral, como lo es la generación de empleos que de su actividad económica se produce. Y quizá por ello, en este campo, la Ley introdujo el nuevo artículo 163 bis del Código del Trabajo, el que vino a zanjar una serie de imprecisiones que dejaba abierta la legislación laboral, tales como el término de la relación laboral a propósito de la quiebra; la regulación de los fueros ante aquel episodio económico de la bancarrota, etcétera.

Asimismo, incursionó de manera severa en el ámbito penal, extrayendo aquellas conductas de la ley concursal, para llevar aquellos tipos delictuales al Código Penal, con los cambios que en esta tesis abordaremos.

En una época como en la que vivimos hoy, con una economía en la cual existe un sesgo muy marcado que tiende a la mercantilidad, los competidores deben tomar decisiones día a día para, no sólo captar la atención de sus consumidores y usuarios, sino que atraer a otros nuevos, buscando constantemente liderar las diversas áreas en que desarrollan su actividad, siendo estas decisiones, en muchos casos, equivocadas o erróneas, las que los conducen a lamentables consecuencias, no sólo para el mismo agente económico que incurre en ellas, sino que para todos aquellos que se encuentran ligados, de una u otra forma, a este emprendimiento fallido. Este hecho es una realidad latente, posible de apreciar concretamente en nuestro diario acontecer nacional. De aquí nace la necesidad de que el Legislador haga suyo, en interés de todos los integrantes de nuestra sociedad, para que se establezca un sistema concursal en nuestro país, que se condiga con el realidad práctica de los negocios, propiciando de esta forma, una normativa efectiva, que sirva, no sólo para eliminar a aquellos emprendedores inviables que dados sus modelos de negocios fracasan, sino que ayude a propiciar el reemprendimiento y el retorno de esos activos al sistema económico en el menor tiempo posible, y con la menor cantidad de consecuencias negativas, tanto para el

emprendedor, como para la sociedad. Vale decir, en términos coloquiales, *“caerse, levantarse, sacudirse el polvo, y seguir caminando”*.

A su vez, en el caso en que sea imposible, o poco factible su reinscripción al sistema comercial, entregar las herramientas necesarias para propiciar que su terminación sea de la forma más rápida y efectiva, provocando la menor cantidad de consecuencias negativas posibles, no sólo para el insolvente, sino que también sus acreedores y todos los que se ven relacionados con esta anómala situación.

Sin embargo, en muchos de los casos, los agentes económicos, al verse inmersos en esta situación de ruina económica, no actúan dentro del margen legal, realizando diversas conductas irregulares, con las cuales se busca sacar provecho, para sí o para terceros, en desmedro de sus legítimos acreedores. Esta actitud, es factible de ser apreciada en los distintos momentos de la vida activa del agente económico, pero se hacen más evidentes y dañinas en el ocaso de su actividad, configurándose hipótesis de conductas ilícitas, que la antigua Ley de Quiebras clasificaba como “Quiebra Fraudulenta”, o “Quiebra Culpable”. Conductas que hoy en día el legislador concursal ha establecido en los tipos penales incorporados por el

Capítulo X de la Ley 20.720 al Código Punitivo Chileno en su Título IX de su Libro Segundo, Párrafo 7 denominado “*De los delitos concursales y de las defraudaciones*”.

Es materia de este trabajo avocarse al estudio de las figuras de insolvencias punibles, las cuales se han visto modificadas, no sólo en su contenido, sino que también en su forma y ubicación, con la promulgación de la Ley, y cómo esto afecta en materia delictual dentro de nuestro sistema comercial, apuntado dicho análisis, a las nuevas conductas tipificadas o reorganizadas, sus elementos, características, y principios, que son la base del sistema concursal. Para esta labor, he sistematizado este trabajo en diversos capítulos y acápite, que procedo exponer a continuación.

El contenido del **Capítulo I** explicará la histórica del fenómeno de la insolvencia, y cómo este concepto ha ido evolucionando con el correr del tiempo, desde que se empezó a hablar de comercio propiamente tal, y de la mano con esto, del término “bancarota”, con posterioridad a la caída del Imperio Romano, y el auge de las Ciudades Estado en Europa, principalmente en la península itálica, desarrollando los denominados “Estados Modernos”. Sin embargo, se ilustrará sobre un origen más antiguo

de las insolvencias punibles, y que es posible rastrearlo hasta la Antigua Roma, cuna de éste, y otros muchos más elementos formativos del ordenamiento jurídico, no sólo chileno, sino que de todo el derecho occidental.

Se entregará una breve reseña histórica de la insolvencia y sus conductas punibles, su naturaleza jurídica, y demás elementos característicos, empezando desde el Derecho Romano, hasta llegar a la legislación nacional, y el modelo establecido en el Libro IV del Código de Comercio chileno, para de esta forma, entregar el contexto en el cual se hallan descritos estos delitos, y cómo se ha llegado al concepto actual de insolvencias punibles, para posteriormente, comentar los conceptos y alcances en este punto, entregados por la doctrina, tanto nacional como extranjera, y dar atisbos de un concepto más certero el elemento central de este trabajo.

En el **Capítulo II** de esta obra, se analizará aspectos de índole general que versan sobre los delitos de la bancarrota, y cómo se conjugan aquellos principios del derecho concursal con la normativa integrada con la dictación de la Ley. Es importante hacer presente que estos temas sientan bases sobre las cuales debe realizarse el análisis de la legislación vigente, puesto que, la

comprensión de estas instituciones ayuda a obtener una visión más completa de las conductas punibles actuales.

Como se señaló, la dictación de la Ley 20.720 sobre reorganización y liquidación de empresas y personas, incorporó o quizá “reformuló”, según se verá, en nuestro Código Penal, una serie de conductas que tipifican la insolvencia punible en Chile. El estudio pormenorizado de cada uno de estos preceptos legales del Párrafo 7 del Título IX de dicho cuerpo legal, sus diversos elementos, características, alcances, sus diversas hipótesis de comisión y conceptos relacionados, como la responsabilidad civil derivada de ellos, serán el objeto de estudio del **Capítulo III**.

Dado que la discusión doctrinal no es pacífica en varios de los temas tratados a lo largo de este trabajo, es que se hace necesario, a través del **Capítulo IV**, hacer presente la aplicación que los Tribunales de Justicia de nuestro país han hecho respecto de dichos conceptos y principios, para de esta forma, ilustrar más concretamente, el modo de interpretar los delitos concursales, y con ello, entender a cabalidad los preceptos legales que conforman el régimen punitivo de la bancarrota.

En un mundo globalizado como el que vivimos, se hace inevitable considerar la situación del resto de los países en este tema. Es por eso que en el **Capítulo V**, me haré cargo de analizar brevemente la legislación que versa sobre la insolvencia punible, en ordenamientos jurídicos extranjeros, a modo de ejemplificar la regulación en sistemas distintos al nuestro, e incluso, de tradiciones jurídicas tan diversas.

Para cerrar este trabajo, entregaré las apreciaciones personales surgidas de lo tratado en estas páginas, realizando en este sentido, críticas y conclusiones obtenidas respecto a la temática central de la cual es objeto esta obra, y propuestas de mejora a dicha regulación, extraídas del mérito de haber realizado un estudio profundo de la institución de la insolvencia punible.

CAPÍTULO 1: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El origen del fenómeno de la insolvencia se encuentra estrictamente ligado al origen de la misma actividad mercantil. No es sino hasta la época de nuestra historia en la que la figura del crédito toma especial relevancia, y los comerciantes comienzan a transar sus bienes y servicios a través de esta herramienta, es que no vamos a tener noticia sobre la insolvencia propiamente tal, y esto es, cuando se establecen los denominados por los historiadores como “Estados Modernos”, y comienzan a formarse los grandes imperios económicos de familias ligadas a la actividad mercantil, y por supuesto, la más importante de todas, la actividad bancaria. Ya la Real Academia de la Lengua nos da atisbos del criterio monetario del concepto, al señalar, en su primera acepción que corresponde a la “*quiebra de una empresa*”, y en la segunda, como, “*ruina económica*”.

Se ha indicado que el propio término de “Bancarrota” nace de estos antecedentes. Derivado etimológicamente del germano “*bank*”, que dice relación con los asientos ubicados en las plazas, y siendo precisamente en

éste lugar, la plaza de la ciudad, el lugar donde, de forma pública, se efectuaba la actividad comercial de la urbe, cuyos orígenes, se remontan a las ciudades italianas, era pues, sobre los bancos de la misma, el lugar donde las personas dedicadas al comercio negociaban y transaban sus diversos productos y servicios con los demás comerciantes de la época, siendo ellos quienes, al percatarse de la precaria situación económica en la que se encontraban, por no poder solventar o cumplir con sus obligaciones, destrozaban aquel banco en donde se encontraban realizando su actividad, en señal de rabia y protesta, por haber llegado a aquella lamentable situación. Aunque por otra parte, Rafael López, en la revista electrónica “Extoikos.es”¹, señala que este término proviene de la pena impuesta por las autoridades de las ciudades de Italia, la cual consistía en destruir el banquillo en donde el cambista ejercía su oficio, cuando su situación de insolvencia devenía por causas maliciosas, imputables a su actuar desleal.

Junto con esto, no nos resta más que realizar una operación aritmética para entender que los delitos de bancarrota nacen ligados al hecho mismo de la insolvencia. Es condición *sine qua non* de estas figuras punibles, que

¹ LOPEZ DEL PASO, Rafael. 2011. “El origen de término bancarrota”. Revista Extoikos N°2: 142. <http://www.extoikos.es/pdf/n2/extoikos2_terminobancarrota.pdf>

estemos en presencia de una situación de bancarrota, transformándose este elemento en una condición objetiva de punibilidad, siendo el deudor insolvente el principal sujeto activo, autor de estas conductas, y me refiero a él como “principal”, puesto que, como veremos más adelante a lo largo de éste trabajo, el avance legislativo ha ido incorporando nuevos actores a la regulación concursal.

Como bien se dijo anteriormente, es un hecho que los “delitos de bancarrota”, nacen necesariamente junto con la regulación de la actividad comercial. Sin embargo, es factible indagar en el origen de su reglamentación hasta llegar al Derecho Romano, fuente de la gran mayoría de las instituciones jurídicas que conocemos en nuestros días, teniendo una natural evolución con el correr de la historia, progresando hasta llegar a lo que hoy en día conocemos como “Derecho Concursal”, y con ello, la regulación de las insolvencias punibles que rige en nuestra legislación actual, mutando según las necesidades imperantes en cada periodo de la sociedad.

Del estudio de este devenir histórico y del progreso que estas instituciones han tenido con el correr de los años, me haré cargo en el presente capítulo.

1- Derecho Romano.

El derecho occidental, y de sobremanera, la tradición de derecho continental, debe sus bases y principios más básicos, en la mayoría de las áreas, al Derecho Romano, traducándose en una cátedra difícil de soslayar en cualquier facultad de Derecho de este lado del mundo. El derecho privado nace en la Antigua Roma. Es a raíz de esto que, al igual que otras instituciones del derecho moderno, podemos rastrear el origen de los delitos de insolvencia hasta el siglo V A.C. con la dictación de la famosa “Ley de las XII Tablas”. En ella, se reconocían principios básicos en materia concursal, como lo es la “*par conditio creditorum*” o igualdad de trato a los acreedores. Pero, no se limitó a fijar principios, sino que también se encargó de establecer sanciones a los deudores insolventes, las cuales consistían en penas extremadamente duras, que el día de hoy serían

consideradas atentatorias contra los más elementales principios de humanidad y dignidad, encontrándose proscritas en los ordenamientos jurídicos modernos, como lo fue, por ejemplo, la esclavitud impuesta al deudor insolvente, un paso más allá tal vez, que la *manus injectio* a que aludo a continuación, y desde luego, de la *pignoris capio*, que sólo afectaba bienes, no la persona del deudor .

El Profesor César Vivante señala que, “ya en la Ley de las XII Tablas, con las formas crueles de ejecución sobre el cuerpo del deudor, se permitía a los acreedores dividírsele en proporción a su crédito”; y es que el sistema de la “*manus injectio*” otorgaba dichas facultades a los acreedores del deudor fallido, esto motivado en que el procedimiento establecido por la ley para estos casos era total y absolutamente privado, y lo llevaban a cabo los acreedores de forma autónoma, sin intervención de la autoridad.

Junto con esto, cabe destacar la existencia de instituciones del derecho romano como el “*nexum*”, que el profesor Juan Puga Vial define como “una constitución en prenda de la propia persona del deudor al acreedor.”²;

² PUGA VIAL, J. 2004. Derecho Concursal. El juicio de quiebras. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, 130p.

así como la “*addictio*”, institución que consideraba la prisión por deudas decretada por un magistrado judicial.³

No fue sino hasta el siglo III A.C., con la dictación de la “*Lex Poetelia*”, y la creación de la “*missio in possessionem*”, cuando comienza a cambiar el paradigma romano de la ejecución corporal, tomando mayor relevancia el carácter patrimonial de la obligación, (sin llegar a ser absoluto, como lo es hoy en día, pero se pueden apreciar de forma primitiva), con lo cual, se establece la facultad de los acreedores de tomar la posesión de los bienes del deudor insolvente ante la falta de pago de sus obligaciones, y a hacerse pago con el fruto de su trabajo. En este último sentido, María de los Ángeles Soza, nos entrega mayor claridad respecto de este cambio:

“La severidad de la ejecución personal fue paulatinamente mitigándose. Quizá fue importante en tal evolución la *lex Poetelia Papiria*, probablemente del año 326 A.C. Con ella se mejoró la situación del deudor en el sentido que quedaba éste obligado a resarcir al acreedor con su trabajo pero sin tener que permanecer

³ PUGA VIAL, J. 2004. Op. Cit. 130p.

encadenado o encarcelado, todo lo cual puede deducirse del siguiente testimonio:

Varrón, de ling. Lat. 7,105: liber qui suas operas in servitudinem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur ut aere obaeratus.

De todos modos, no puede decirse que con esta ley se haya sustituido la ejecución personal por la patrimonial, ya que el trabajo personal no parece que deba entenderse como forma patrimonial de ejecución.”⁴

Así es, como también se comienza a dar un carácter público a la ejecución, encargándole esta misma a un magistrado, lo que trajo consigo, posteriormente, la creación del “*pignoris capio*”, institución en la cual, evidentemente, podemos observar el origen de la figura del embargo, que permitía a los acreedores compeler al deudor al pago de las deudas mediante la retención de sus bienes en particular.

Sin embargo, las primeras luces de una ejecución universal, dentro del derecho romano, no las veremos sino hasta la “*missio in bonorum*

⁴ SOZA RIED, M. 1998. El procedimiento concursal del Derecho Romano Clásico y algunas de sus repercusiones en el actual Derecho de quiebras. EN: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos N°XX. 14p.

venditio”, recayendo ya no sobre los bienes individuales del deudor, sino que por primera vez, se aplica directamente sobre la totalidad de su patrimonio (como una universalidad), siendo la autoridad la encargada de la realización de los bienes en nombre del deudor, e incluso, en ausencia de éste, dejando abierta la posibilidad de que, en el caso en que existieran saldos insolutos, el deudor debía pagar igualmente con cárcel. Nuevamente, Soza Reid nos aclara a qué nos referimos:

“Una figura especialmente importante de este procedimiento es el *magister*, que se encargaba de preparar la *bonorum venditio*, para lo cual confeccionaba un inventario y una *lex venditionis* donde aparecían las condiciones generales de la venta. Sus funciones importantes son:

- La realización de la *bonorum venditio* propiamente tal, que, como sabemos, tenía lugar bajo la forma de una pública subasta, y donde el *magister* actuaba como mandatario de los acreedores que le habían elegido,
- El cobro del precio ofrecido por el mejor postor y:

- El reparto proporcional del precio obtenido entre los acreedores.

Si las deudas no quedaban satisfechas con los resultados de la venta, los acreedores podían exigir los créditos residuales al deudor hasta lograr satisfacerse plenamente, de lo cual se deduce la finalidad de pago – no de sustitución de un sujeto por otro a través de la figura de la *successio* – que tenía el procedimiento concursal clásico: es el patrimonio de un determinado deudor el que responde. En efecto, el adjudicatario de ese patrimonio, que recibe el nombre de *bonorum emptor*, no es realmente un *successor*, sino, como su nombre lo indica, el comprador de un patrimonio, de unos *bona*. Y, en esa calidad, no asume las deudas del deudor concursado; su única obligación es la de pagar, por los bienes comprados, un precio, que se reparte entre los acreedores. Después de cumplir con su obligación se desentiende de complicaciones futuras.”⁵

Los albores del sistema concursal moderno, propiamente tal, podemos apreciarlos en la “*bonorum distractio*”, en la cual, los acreedores

⁵ SOZA RIED, M. op. Cit. 19-20pp.

concurrían, de forma colectiva, a la realización de los bienes de forma individual, y no como una totalidad, llevada a cabo por la autoridad; junto con esto, se regulan los fraudes realizados por el deudor a sus acreedores (*fraudem creditorum*), dándoles carácter de delitos, lo que da origen además a la importantísima institución de la “*actio pauliana*”, o acción revocatoria, ante actos de disposición irregulares que realizaba el deudor fallido.

2- Edad media.

En este acápite, al estudiar el derecho concursal del Medioevo, nos encontramos en presencia de las aportaciones que, con posterioridad a la caída del Imperio, realizaron los diversos pueblos bárbaros al derecho romano clásico, dando origen al comúnmente llamado “derecho romano vulgar”.

La contribución de los pueblos de origen germano consiste en alejarse del concepto romano de las obligaciones de carácter personalísimo, y acoger la idea de obligaciones como un acto meramente patrimonial, estrictamente ligado al derecho de prenda general de los acreedores sobre el patrimonio

del deudor, estableciendo un sistema privado de ejecución, mediante el cual, el acreedor persigue compeler al deudor de cumplir la obligación, a través de la pignoración, otorgándosele la opción de recuperar la cosa embargada una vez solventado el pago, pudiendo realizarse la ejecución incluso en la ausencia del propio de deudor.

Junto con esto, cabe destacar que otro aporte que realizan estos pueblos al derecho concursal corresponde a la idea de prioridad del primer ejecutante, vale decir, aquel acreedor que inicia el cobro de la prestación a la cual tiene derecho, podrá satisfacerse de su crédito de forma privilegiada, incluso pasando por encima de los demás acreedores que pueda tener el deudor.

Durante esta época de la historia, en materia de delitos de insolvencia, la persona del insolvente es considerado abiertamente un defraudador, un vulgar delincuente. El “*decoctor*” pasa a ser una persona repudiada socialmente, hecho que queda plasmado en la famosa frase “*decotor ergo defraudator*”, que en posteriores épocas históricas, recobraría aún más su sentido e importancia.

3- Estatutos ciudades europeas.

Ya en el periodo histórico que hoy denominamos “Baja Edad Media”, comienzan a verse los atisbos de lo que hoy conocemos por “Estados Modernos”. En estas ciudades de la península itálica, como son, por nombrar sólo algunas, Venecia, Milán, Florencia, entre otras, se dio origen a la actividad comercial, tal y como la conocemos en nuestros días, y con ello, de la mano, comenzaron los problemas de insolvencia de estos mismos comerciantes, dando origen al derecho concursal.

Quienes realizaban una misma actividad (primero comercial, luego artesanal e industrial), se agrupaban en lo que denominaron “gremios”, pasando a ser llamados posteriormente, a medida que crecían, “corporaciones”, los cuales poseían una compleja estructura de mando encabezada por un Cónsul, quien presidía al “colegio”, órgano directivo de dicha corporación, el cual se encargaba de reglar la actividad propia de dicho gremio. Debido a la enorme cantidad de reglas que se establecieron, fue menester de este colegio sistematizar la regulación de la actividad en un verdadero código de la propia actividad. Es así como nace el “derecho

estatutario”, a partir de los reglamentos que se dan para sí mismos estos conglomerados de comerciantes, siendo uno de los elementos primordiales, la reglamentación de las insolvencias. Resulta necesario indicar que, la inmensa mayoría de las legislaciones que en la actualidad regulan la insolvencia, se han inspirado en los principios desarrollados por los juristas que dieron origen a los estatutos de las ciudades italianas.

Si bien es cierto, en un primer momento, esta institución se extendía también a deudores no comerciantes, finalmente se optó por restringirla sólo a quienes realizaban una actividad mercantil.

Nace en ésta época la idea de la “quiebra virtual”, bastando el cese del pago de las obligaciones para ser considerado en estado de insolvencia, sin ser necesaria una declaración judicial. En este sentido, y dado el poder de los privados en la economía de las ciudades, eran los acreedores quienes, ante la más mínima sospecha de la situación desfavorable del deudor, podían aprehenderle y compelerlo al pago. Sin embargo, y dada la relevancia social que tenía para estas ciudades la actividad comercial, la autoridad se encontraba investida de grandes facultades para intervenir en lo que a juicios de insolvencia se refiere, llegando existir a la posibilidad de

actuar de oficio si es que los acreedores no lo habían hecho antes. Surge de esta forma la figura del Síndico, persona elegida por los acreedores para que se hiciera cargo de los bienes del deudor, y se los adjudicara según correspondiera

Es propio de esta época el concepto de “fallido”, término que deriva del latín “*fallere*”, que significa “engaño u ocultación”. Este carácter lesivo asociado a la persona que incurría el cese del pago de sus obligaciones, se traducía en el tratamiento que estos eran objeto, y la severidad de las penas a las que eran sometidos, siendo vistos a la luz de la sociedad como verdaderos delincuentes. Dentro de las penas que algunos estatutos establecían, se contemplan el arresto, el cual en principio, lo realizaban los mismos acreedores, situación que cambió posteriormente, dado que se le atribuyó un carácter público a la ejecución, como se dijo anteriormente, pasando a ser la autoridad de la ciudad la encargada de hacerlo efectivo. También se contemplan otras penas corporales, como diversos tormentos o torturas que se le aplicaban para compelerlo a confesar sus deudas y demás hechos fraudulentos; e incluso, se establecían castigos de índole infamantes, como la publicación de su nombre, para que de este modo, toda la ciudad conociera su carácter de fallido; así como igualmente, se le podía exhibir en

lugares públicos, para que fuera objeto de la burla de los demás ciudadanos.

En el marco de las sanciones establecidas, es posible hallar otras a las que podía ser sometido el deudor, dentro de las cuales se encuentra un conjunto de incapacidades que limitaban el ejercicio de sus derechos (y por qué no decirlo, derechamente, se le enajenaba de ellos), como la prohibición de ostentar cargos públicos de la ciudad; pero por sobre todo, y más importante, en relación con la temática de este trabajo, la prohibición de volver a ejercer el comercio. Sin embargo, la máxima expresión de estas limitaciones se traducía en los denominados “bandos”, los que consistían en la supresión de toda protección ante la ley, pudiendo llegar a ser asesinado sin que esto acarreará ninguna sanción para el homicida. En términos simples, el fallido se volvía un verdadero paria.

A todas luces, nos hace sentido la frase del Maestro Vivante, cuando hablaba de este sistema de penas, caracterizándolos como “medio feroces, medio burlescos”

Pese a la intervención de la autoridad en los casos de insolvencia, es menester señalar que se dejaba a salvo la posibilidad que tenía el deudor y

sus acreedores de llegar a un acuerdo de pago. Es así como nace el Convenio o Concordato.

Cuando esta figura de los gremios ya se encontraba establecida, en la Europa de aquellos tiempos comenzó a orquestarse la expansión de este sistema comercial de libre mercado a través de las denominadas “ferias”, las que se dieron lugar en países como, España y Alemania, llegando incluso a territorios tan alejados como la Rusia Imperial. Sin embargo, donde tuvieron mayor acogida fue en Francia, siendo la más importante la Feria de Lyon, que se realizó con regularidad hasta la Revolución Francesa. En el país galo, respecto al derecho comercial, y principalmente, la regulación de las insolvencias, se mezcló el derecho romano vulgar, donde la legislación se ocupó de regular la arista criminal de la bancarrota, estableciendo sanciones tanto o más severas que las que contemplaban las ciudades itálicas. La Ordenanza de Lyon de 1536 impone como pena la prisión del insolvente hasta que pague la totalidad del saldo adeudado, manteniendo así el carácter de salvajismo que se venía contemplando con los años.

Dentro de esta tónica, podemos destacar los aportes entregados por el Rey Luis XIV al dictar las Ordenanzas de 1673, llamadas comúnmente “las

Ordenanzas de Colbert” (en honor a su ministro Jean-Baptiste Colbert, artífice de dicha legislación), que brinda elementos básicos del derecho concursal como lo conocemos hoy, estableciendo el delito de bancarrota propiamente tal, contemplando penas tan severas, como la pena de muerte, para los casos en que se determinaba el fraudulento actuar del deudor.

Con la Revolución y el arribo de Napoleón al poder, se dio inicio a la época de la codificación, siendo resultado de este proceso, el Código de Comercio Francés de 1807, que realizó grandes aportaciones al derecho concursal, como lo es, la limitación del sujeto pasivo del insolvente a sólo quien realiza una actividad comercial; así como también, el establecimiento de un periodo sospechoso respecto de los actos de disposición patrimonial del deudor, que se extiende desde diez días antes a la fecha de la cesación de pagos; además, el mandato legal de conocer y resolver los casos de bancarrota a los tribunales de comercio.

Es menester señalar que Bonaparte fue especialmente severo en su legislación concursal, otorgando la posibilidad de ser decretada la bancarrota de oficio por la autoridad, la que además, se encontraba expresamente facultada para ejercer todas las medidas conservativas que

estimara pertinentes, pudiendo llegar a incluso a clausurar recintos de comercio, si con ello estimaba la preservación del patrimonio del deudor; junto con esto, traía aparejado el arresto del deudor y el desapoderamiento de su bienes, pudiendo mantener su libertad exclusivamente para el caso en que los acreedores estimaran que les fuera útil para sus intereses; así como también, el deudor arriesgaba la pérdida de derechos civiles, los que podía posteriormente recuperar, con la condición de que cumpliera con el pago de sus obligaciones.

Si bien esta regulación fue severa, y claramente inspirada por el carácter militar de la autoridad, se prolongó por treinta años, siendo reformada por el *Code* de 1838, que proporcionó modificaciones tendientes a facilitar acuerdos entre deudores y acreedores, aminorando de igual forma las penas establecidas.

La importancia fundamental de la legislación francesa, radica en que, este *Code* de 1838 (y su evolución), ha sido considerado fuente inspiradora de la legislación comercial chilena, plasmada en el Código de Comercio de 1867, que a su vez, fue base para otras legislaciones de Sudamérica.

4- España colonial.

La regulación en materia concursal de la madre patria es particularmente relevante para este trabajo por dos motivos: (1) Hay que recordar que durante el periodo colonial, e incluso, entrada la república, fue esta regulación la que se encontraba en vigencia en nuestro país; y, (2) el aporte del autor Francisco Salgado de Somoza es de vital importancia al momento de referirnos al derecho concursal. Diversos autores señalan que su obra “*Labyrithus Creditorum concurrentium ad litem per debitorem comunem inter illos causatam*”, corresponde a la ópera prima en lo que a sistematización del estudio de las insolvencias se refiere. Es Salgado de Somoza quien le asigna un rol primordial a la autoridad pública, estableciendo, un procedimiento judicial, que incluye la incautación de bienes del deudor, así como también, la facultad de exigir a los acreedores que justifiquen los títulos de donde emanan sus créditos. Esta estampa publicista, genera un efecto intensificador en las penas aplicables a la persona del deudor insolvente.

Ya en la ley de las Siete Partidas del Rey don Alfonso X (1252-1284), se establecía un procedimiento en los casos de imposibilidad, por parte del deudor, de satisfacer el crédito de sus acreedores. Contando con un claro tinte publicista esta legislación, y pese a la facultad que se le otorgaba al deudor para ceder la totalidad de sus bienes en pos del pago de su obligación, el juez tenía el mandato legal de enviar a la cárcel al deudor.

Sin embargo, serán dos de la totalidad de las normas hispánicas las que mayor influencia tienen en el derecho concursal patrio, siendo estas las Ordenanzas de Bilbao y la Novísima Recopilación, ambos textos profundamente influenciados por las Partidas del Rey Alfonso X el Sabio. Para los efectos de este trabajo, es preciso señalar que las Ordenanzas de Bilbao, dictadas en el año 1737, corresponde al primer texto sistematizado en que se reguló la institución de la bancarrota, el cual, estaba expresamente dirigido hacia el deudor comerciante, dejando por tanto fuera de la regulación al deudor civil, para quienes contemplaba otro procedimiento de ejecución. En este sentido, el jurista peruano Alfredo Ferrero Diez Canseco, señala,

“La diferencia radicaba, por ejemplo, para el caso de España, en que para los no comerciantes se resucitaba el antiguo concepto de «concurso », donde aparece la cesión de bienes a los acreedores bajo la forma de juicio voluntario: el juicio se promovía por el mismo deudor cediendo todos los bienes a sus acreedores. El comerciante era tratado con mayor severidad; esta severidad la podemos comprobar en el hecho de que el quebrado tenía la sanción de prisión en caso de quiebra. Existían demás sanciones penales ligadas a la quiebra fraudulenta.”⁶

Las Ordenanzas de Bilbao, siguiendo el modelo de Somoza, estableció tres tipos de fallidos, pudiendo ser estos: inocentes, culpables, o delincuentes. (Siendo así innegable la influencia transmitida a nuestro antiguo Libro IV del Código de Comercio, al establecer el diferente tratamiento entre la antigua quiebra culpable o fraudulenta, de tal importancia para el legislador decimonónico, que el mensaje del nuestro Código se hizo cargo de aquella calificación, al señalar: “En el párrafo 2 se clasifica la quiebra en fortuita, culpable y fraudulenta. La primera se

⁶ FERRERO DIEZ-CANSECO, A. 1993. Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial. EN: Revista Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú N°47. 388p.

caracteriza fácilmente por la naturaleza del suceso que la produce, mas no así la segunda y tercera, por la dificultad de señalar con fijeza la línea, comúnmente imperceptible, que separa la culpa del fraude. Para salvar esta dificultad, el Proyecto determina los hechos que atribuyen de derecho a la quiebra el carácter de culpable o fraudulenta, y los que arrojan simplemente una presunción de culpabilidad o fraudulencia, que puede ser disipada por una prueba regular.”). De esta forma, se establece el principio en materia concursal que la insolvencia **no es *per se* un hecho ilícito**. Durante la vigencia de estas ordenanzas, el hecho puntual que se vislumbra como causal del estado de insolvencia es efectivamente, la imposibilidad de pagar la deuda. En este sentido, si existía un simple atraso, pero aún es posible la realización del pago correspondiente, se les consideraba inocentes, manteniendo a salvo su honor y fama, pudiendo pagar después de un breve plazo determinado. Por otro lado, a aquellos deudores que por su actuar culpable o descuidado se encuentran en situación de suspensión de pagos, se les negaba su derecho a ser oídos hasta que solventaran su obligación.

Sin embargo, si su actuar era abiertamente fraudulento, pasaban a ocupar la categoría de “quebrados delincuentes”. El trato al que estos eran sometidos, era el de un malhechor común como el resto, “por lo cual a estos

tales alzados se les ha de tener y estimar como infamantes ladrones públicos, robadores de hacienda ajena y se les perseguirá hasta tanto que el Prior y Cónsules puedan haber sus personas; y habiéndolas, las entregarán a la justicia ordinaria con la causa que se les hubiere hecho, para que sean castigados con todo el rigor que permite el derecho, a proporción de sus delitos”⁷.

La vigencia de estas regulaciones se extendió en la Península Ibérica hasta la época de la codificación, en el año 1829, momento en el cual, se consagraron mediante este texto, los aspectos fundamentales de la legislación anterior, creando tribunales de comercio, estableciendo un procedimiento exclusivo para deudores comerciantes. Cabe destacar que este código fue de gran influencia en la confección de nuestro código de comercio de 1865.

⁷ RAMIREZ, J. 1998. La Quiebra. El Derecho Concursal Español. Barcelona, Editorial Bosch. Tomo I, 129p.

5- Legislación chilena anterior a la dictación de la Ley 20.720.

Llegada la independencia de nuestro país, y como ya fue mencionado, no se derogó de forma tácita la legislación hispana, imperante durante toda la época colonial. Por el contrario, no fue sino hasta la dictación del Código de Comercio en 1865, obra del jurista argentino don José Gabriel Ocampo Herrera, que esta legislación mantuvo su plena vigencia. El Profesor Álvaro Puelma Accorsi señala, “Durante el período de la dominación española en Chile, rigió el capítulo 17 de las Ordenanzas de Bilbao y el libro XI de la Novísima Recopilación, que establecieron un sistema concursal sólo aplicable a los comerciantes, en el cual la realización de los bienes estaba a cargo de Síndicos compromisarios elegidos por los acreedores”⁸, elementos presentes en la legislación hispana de la época, explicada en los párrafos precedentes.

Anterior a la dictación del Código de Comercio, y como un primer avance, en lo que a legislación concursal propiamente tal corresponde, nos encontramos con el Decreto Ley de 1837, que regula el juicio ejecutivo, y

⁸ PUELMA, A. 1971. Curso de Derecho de quiebras. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 16p.

que incluía las reglas procesales para la cesión de bienes, aplicables a cualquier categoría de deudor.

Con la dictación del Código de Comercio, y fruto de la inspiración de la codificación europea, se establece un sistema exclusivo para deudores comerciantes que cesaran en el pago de sus obligaciones mercantiles. En materia delictual, instaura una triple clasificación, herencia de la influencia española, que divide a las quiebras en fortuita, culpable y fraudulenta, estableciendo, junto con esta clasificación, una serie de causales que, bastando sólo su concurrencia, hacían presumir el carácter de culpable o de fraudulento del actuar del deudor, pudiendo ser algunas de estas presunciones simplemente legales, y otras, presunciones de derecho, radicando su importancia en la posibilidad para el deudor de presentar prueba en contrario, con el fin de desvirtuarlas.

Además, en el año 1868, en nuestro país, se abolió la prisión por deudas, lo que significó una flexibilización del sistema punitivo concursal, que, sin embargo, no termina con la orden de arresto que se dictaba junto con la declaratoria de quiebra, puesto que, ésta, correspondía a una medida cautelar para evitar la fuga del deudor insolvente, y con ello, asegurar a los

acreedores el desarrollo normal del procedimiento concursal, pero jamás como medida de apremio para obligar al pago.

En 1874, con la dictación del Código Penal, se establecen en los artículos 463 y siguientes, los tipos delictuales sobre insolvencia culpable y fraudulenta (destinados a los deudores comerciantes), así como también, se establecen las penas dirigidas a aquel deudor no comerciante que se encuentre en estado de insolvencia, y que se haga merecedor de un castigo, principalmente dirigido a la figura del alzamiento de bienes.

En 1902, en nuestro país se promulga el Código de Procedimiento Civil, el cual, en el Título XVI del Libro III, denominado “De los Procedimientos de las Quiebras”, modifica el sistema establecido en el Código de Comercio, estableciendo normas sobre convenios para los casos de deudores no dedicados a la actividad comercial. En materia delictual, con la dictación del Código de Procedimiento Penal, se establecen normas procesales sobre la calificación de la quiebra, labor encomendada al Juzgado de Comercio, quien debía hacerlo de forma previa al conocimiento del caso en cuestión.

Como es posible apreciar, en Chile existía un variopinto legislativo, encargado de regular una misma materia, los casos de insolvencia. Esto se debía a los esfuerzos de la autoridad nacional por ir avanzando en una insipiente legislación patria, propio de un país que buscaba desmarcarse de la legislación colonial con posterioridad a su emancipación de la Corona.

Es recién en 1931, con la entrada en vigencia de la Ley 4.558, que se unifica la legislación en materia concursal, y se sistematiza desde el Libro IV del Código de Comercio, estableciendo la quiebra para todo tipo de deudores, ya sea comerciantes o no, con la salvedad que el deudor civil, no caía dentro de las causales de punibilidad establecidas en la ley. Esto último, a raíz de que, según el criterio del propio legislador, la repercusión que producía la insolvencia del comerciante era mucho más significativa, afectando mayormente a la sociedad, atentando contra principios básicos del orden público, como son la buena fe y el cumplimiento de las obligaciones. Con la dictación de esta ley, se encarga la labor de calificar la quiebra al Juez del Crimen, ordenando que, de oficio, inicie la investigación criminal. En materia de causales de calificación, conserva las reglas sobre presunciones anteriormente señaladas, pero agrega tipos penales con el fin de perseguir la responsabilidad de las personas encargadas de la

administración de los bienes y la representación del insolvente, una novedad para aquella época.

Con el tiempo, y con los cambios sociales y en el régimen económico nacional que trajo el último cuarto del siglo XX, se hizo necesario modificar la legislación concursal nacional. Fue así como en 1982, se dictó la Ley 18.175, que fijó el texto de la Ley de Quiebras, la cual, se inserta en el Libro IV del Código de Comercio, y que fue la regulación concursal en nuestro país hasta Diciembre de 2013 (fecha en la que entró en vigencia la ley 20.720, sobre insolvencia y reemprendimiento). Si bien es cierto, esta ley introdujo cambios en la materia, como la creación de la Superintendencia de Quiebras, en términos generales mantuvo la legislación anterior, sistematizándola. Ejemplo de esto es que mantiene la vigencia del esquema de presunciones sobre la calificación de la quiebra, pero elimina aquellas presunciones de derecho, pudiendo el deudor, desvirtuar éstas, con su aportación de pruebas en contrario al proceso, para acreditar el carácter de fortuito, exonerándolo de la responsabilidad respecto de su insolvencia. Esto pues, en concordancia con el mandato constitucional establecido en el Art. 19 N°3 inc.6, sobre los derechos y garantías fundamentales.

Dentro de los cambios introducidos, y que son relevantes para el tema tratado en este trabajo, podemos señalar, la eliminación de las categorías de deudor comercial o civil, pasando a denominar como “deudor calificado”, a aquel dedicado a la actividad comercial, industrial, agrícola y minera, como señala el Art. 41 de la Ley 18.175, tratando de englobar en este concepto, las actividades productivas más importantes de nuestro país. El profesor Arturo Prado Puga lo caracteriza de la siguiente forma, “El *deudor calificado*, es conceptualmente caracterizado en este nuevo marco legal, como aquel que ejerce actualmente una *actividad comercial, industrial, minera o agrícola*, lo que hace necesario examinar el alcance que debe concederse a la alocución verbal “ejercer”, que se emplea en la redacción de los arts. 41, 43 N°1 y 52 N°1 de la Ley N° 18.175, para encuadrar el supuesto de aplicación de los efectos jurídicos asignados al deudor calificado, teniendo para ello en consideración que la declaración de quiebra puede abrazar actividades de trascendencia económica que tradicionalmente fueron excluidas de la mercantilidad como ocurre a partir de esta ley con la minería y con la agricultura.”⁹, para señalar posteriormente que, esto se debe, a que el concepto de empresario es más

⁹ PRADO, A. Síntesis de la legislación de quiebras en Chile. EN: Ponencia ante Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

amplio que el de comerciante, por lo que para el legislador fue pertinente ampliar el concepto a las demás actividades productivas ya enunciadas.

En definitiva, en el antiguo sistema concursal imperante en Chile hasta la dictación de la Ley 20.720, observamos diversos elementos en materia de delitos de bancarrota. Por una parte, al establecer el legislador causales de punibilidad sólo aplicables al deudor que se enmarca en el artículo 41 de la ley, nos damos cuenta que la quiebra no es considerada un delito *per se*, sino en los casos que establecía en los artículos 219 y 220 de dicho cuerpo legal, cuando, por los hechos o por el actuar del deudor, se califiquen como culpable o fraudulenta, heredados de la legislación europea, que según la doctrina española, se denominan “hechos de bancarrota”, conceptualizados de la siguiente forma:

“En general los llamados «hechos de bancarrota» sirvieron para invertir en la práctica el *onus probandi*. Incluso quienes niegan hoy relación alguna entre dichos hechos y la insolvencia se ven obligados a afirmar que no se tiende a castigar los hechos abstractamente considerados, si no su valor probatorio en relación a la quiebra. Esta vocación probatoria de los hechos hace que deban

ser considerados a lo sumo como una prueba legal de indicios que no liberan al juez de la obligación de averiguar la existencia del hecho ignorado y de lograr la certeza real. El juez tiene que averiguar las auténticas causas de la quiebra pero el legislador le orienta con la descripción de supuestos de deficiente administración mercantil que, en cuanto concurren (anticipación de pagos, venta simulada, etc...), facilitan a aquél llegar a la convicción moral de la existencia de esa irregular y descuidada administración mercantil impropia del buen comerciante, y se facilita la tarea de determinar las causas de la quiebra.”¹⁰

Continúa ilustrándonos el catedrático español, don Miguel Bajo Fernández, señalando la utilidad de este sistema para la persecución de las insolvencias punibles en dicho sistema concursal,

“La descripción legal de los hechos cumple sin duda dos funciones: una *función limitadora* por la que se declaran punibles sólo parte de las quiebras no calificables de fortuitas; y otra *función indiciaria* en cuanto operan como indicios de la existencia de la

¹⁰ BAJO FERNANDEZ, M. 1973. El contenido de injusto en el delito de quiebra. Madrid. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 557p.

modalidad de conducta (administración impropia de un buen comerciante) causante de la insolvencia”¹¹

En cuanto al interés social protegido con la tipificación de estas conductas, vemos que, pese a que no es una discusión pacífica en la doctrina, va más allá de la satisfacción del crédito de los acreedores. Este bien jurídico protegido se extiende a principios fundamentales de la sociedad, como lo son la fe pública y la credibilidad en el sistema mercantil, que puede llegar a desbaratar el funcionamiento de la economía de mercado, y con ello, un pilar fundamental del orden público económico, y por cierto, del ordenamiento jurídico propiamente tal.

La Ley 18.175 establecía además, como requisito de procesabilidad de los tipos penales, que la quiebra se encontrara declarada judicialmente por el juez competente, para poder iniciar el proceso de calificación de la misma. Para esto, era estrictamente necesario que el deudor se encontrara en cesación de pago. Pero esto va más allá del atraso en pago de las obligaciones mercantiles. Hablamos de un estado patrimonial en el cual el deudor, objetivamente hablando, es incapaz de solventar sus obligaciones.

¹¹ BAJO FERNANDEZ, M. op. Cit. 558p.

Por lo tanto, bajo éste régimen, la insolvencia era punible cuando a través de su actuar doloso o culposo, genera un perjuicio a sus acreedores, al incumplir sus obligaciones.

A este respecto, cabe señalar que la quiebra era considerada “fortuita”, sólo para el caso en que se dictara sentencia de sobreseimiento, en la cual el juez, de forma expresa, debía señalar esta calificación, y en el mismo acto, solicitar la rehabilitación del fallido, puesto que según su criterio, su situación se debía a un hecho accidental, ajeno a su posibilidad de actuar diligente. Para el caso de quiebra culpable, en general, los actos del deudor, establecidos en el artículo 219, corresponden a un actuar negligente, imprudente, y temerario, alejándose de esta forma, del estándar de conducta que se espera de un comerciante que realice alguna de las actividades enumeradas en el Art. 41, como lo eran por ejemplo, perjudicar a sus acreedores pagando obligaciones sólo respecto a uno de ellos, dejando de lado al resto; o en los casos en que se busca disminuir el patrimonio, como cuando aumenta excesivamente sus gastos; o, causales diversas, como el caso en que el deudor calificado no solicitara su propia quiebra en un periodo determinado. Por último, en el caso de la quiebra fraudulenta, cuyas causales se encontraban en el Art. 220, se aprecian acciones directamente

destinadas al aumento del pasivo, con miras a perjudicar a los acreedores. De este análisis observamos que corresponde a conductas en las que se aprecia un actuar abiertamente doloso, puesto que se desprende de las hipótesis del artículo, que deben cometerse con dolo directo, como es la ocultación de bienes; celebrar convenios con ciertos acreedores en perjuicio del resto; o, el simple hecho de la fuga.

Sin embargo, cabe señalar que, tanto para la quiebra culposa, como para la fraudulenta, el legislador dejó a salvo hipótesis abiertas, en la cual, pueden enmarcarse en ellas un sinnúmero de posibilidades, teniendo, para el caso de la quiebra culposa, el art. 219 N°12 “Si agravase el mal estado de sus negocios durante el período a que se refiere el inciso primero del artículo 177 bis.”; o, para el caso de la quiebra fraudulenta, el art. 220 N°16 “En general, siempre que hubiera ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo”.

Es pertinente destacar que, según el criterio establecido en la Ley 18.175, estuviéramos en presencia de una insolvencia punible, era necesario que el sujeto activo de estas figuras delictuales fuera el establecido en el Art. 41 de

la ley, conocido como “deudor calificado”, cuyo concepto se explicó anteriormente.

Uno de los aspectos más criticados de esta normativa concursal, es que se limitaba a las hipótesis establecidas en los artículos 219 y 220 de la ley, lo que muchas veces, se traducía en un problema, atendido el Principio de Legalidad, básico en el derecho penal, lo que impide cualquier tipo de extensión o analogía interpretativa, haciendo muy difícil de probar el carácter de calificado de estas conductas, optando el legislador por el camino del establecimiento de presunciones.

El profesor Arturo Prado señala, “En términos generales, digamos que del sistema de presunciones establecido por el legislador se infiere de un conjunto de operaciones que tienen por objeto disminuir el activo y aumentar el pasivo con perjuicio del interés total o parcial de los acreedores.”¹² Sin embargo, es labor del juez establecer si las conductas realizadas por el deudor se corresponden o no con las hipótesis que figuran en dichos artículos.

¹² PRADO, A. 2006. El proceso de calificación de la quiebra. EN: Charlas Colegio de Abogados de Chile A.G. Santiago, 2 de Noviembre de 2006. 13p.

Cabe destacar que, quienes ejercen la actividad mercantil siempre van a incurrir en diversos riesgos al momento de hacer sus negocios e inversiones, por lo que, se hace necesario diferenciar estos actos riesgosos de aquellos actos, en los cuales, se vislumbra derechamente la disipación del patrimonio, siendo en estos últimos casos en los cuales, se busca causar un perjuicio efectivo a los acreedores.

Es menester indicar que el catálogo de conductas establecidas en estos artículos, incluye también otras que no tienen directa relación con la disminución de sus activos y aumento del pasivo, pero que de una u otra forma, mantienen el carácter de perjuicio a los acreedores. Ejemplo de esto es la establecida en el Artículo 220 numeral 7°, en los casos en que se oculta o adultera la información contable del deudor, afectando de este modo, el conocimiento con el que se puede llegar a contar sobre el estado patrimonial del deudor; así como también, en los casos en que el deudor establece favoritismos arbitrarios respecto de un acreedor, como lo era la celebración de convenios privados.

En conclusión, éste era el panorama de nuestra legislación, en materia de delitos concursales, que imperaba en Chile hasta la entrada en vigencia de

la Ley 20.720. Sin embargo, con el tiempo, esta legislación se empezó a ver como anacrónica a la luz de los cambios que ha ido experimentando nuestra economía, y por qué no decirlo, nuestra sociedad en general.

El profesor Nelson Contador señala,

“en una economía moderna no se puede sancionar con penas de cinco años de prisión, al deudor mercantil (calificado) que no solicite su propia quiebra, dentro de los quince días siguientes al haber cesado en el pago de una obligación comercial, como lo establecía el artículo 219 N°4 del citado Libro IV del Código de Comercio; tampoco era propio mantener tipos penales obsoletos, que en nada protegen la multiplicidad de bienes jurídicos que son necesarios tutelar, con la norma concursal.”¹³

En definitiva, a juicio del legislador, era hora de realizar un cambio en materia de insolvencia, para que de este modo, se actualizara la normativa a las necesidades imperantes, y con ello, que la nueva ley, sólo regulara los aspectos patrimoniales de la bancarrota, radicando así el aspecto delictual de la insolvencia en el Código Penal, de tal forma que los nuevos tipos

¹³ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. 2015. Procedimientos Concursales. Ley de Insolvencia y Reemprendimiento Ley 20.720. Santiago. Legal Publishing. 33p.

penales establecidos en el Párrafo 7° del Título IX del Libro Segundo de dicho cuerpo legal, denominado hoy “De los delitos concursales y de las defraudaciones”, pasara a ser una norma de aplicación general, encargando plenamente su total conocimiento al sistema penal operante en nuestro país, con todo lo que ello significa.

6- Concepto insolvencia punible.

Para cerrar este capítulo sobre los antecedentes históricos de la insolvencia punible, y después de analizar el tratamiento de este aspecto en diversas épocas, es necesario esbozar un concepto de los delitos de la bancarrota.

La insolvencia va más allá de la cesación en el pago de las obligaciones, o de una crisis económica en la que pueda verse inmerso el deudor, o de falta de liquidez para cumplir con el pago de sus deudas.

Para Bajo y Bacigalupo, la insolvencia consiste en “**un estado de hecho** y, por tanto, como una realidad previa al Derecho, desprovista de toda

valoración jurídica. Pues bien, la insolvencia como tal situación fáctica la entendemos como un estado de *desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles*, de modo que el acreedor no encuentra medios a su alcance para poder satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor.”¹⁴

En definitiva, se trata de un concepto de índole económico, en que, el deudor se ve incapacitado de forma total para dar cumplimiento a sus obligaciones, incluso si es que llegara a liquidar la totalidad de sus bienes.

Cabe señalar que existen otros conceptos relacionados con la insolvencia, que tienen a confundirse con esta. Un caso es el del concepto de “*cesación de pagos*”, vale decir, un incumplimiento de sus obligaciones, puede deberse, por ejemplo, a la mera desidia de parte del deudor de realizar el pago. El profesor Alvaro Puelma señala, “Al ocurrir una cesación de pagos, puede suceder que se trate de un insolvente; es decir, de un deudor cuyo pasivo supere al activo; o bien, que la cesación de pagos tenga por causa un mero déficit de caja, siendo el activo superior al pasivo; pero sin que éste

¹⁴ BAJO FERNANDEZ, M y BACIGALUPO, S. 2001. Derecho Penal Económico. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 373p

sea fácil o rápidamente realizable para pagar oportunamente.”¹⁵ Así las cosas, la cesación de pagos sería más bien, una consecuencia de la insolvencia, y no al revés.

Otro concepto que tienen a confundirse es el de “*falta de liquidez*”, el cual, corresponde más bien, a la “imposibilidad de realizar a tiempo el activo o parte del activo patrimonial, pero siendo éste en su conjunto superior al pasivo.”¹⁶ Finalmente, un último concepto relacionado es el de “la simple insuficiencia contable”, caso que se diferencia de insolvencia en que, si bien el pasivo supera en ambas al activo, pero “las expectativas de bienes futuros, ya sea renta, ya en intereses de capital, ya en cualquier otra forma, generan el crédito suficiente como para poder atender las obligaciones que le son exigibles al deudor.”¹⁷

Centrándonos en nuestro tema, la bancarrota será punible cada vez que la persona del deudor se encuentre en esta situación excepcional de insolvencia, siempre y cuando sea fruto de su actuar negligente o fraudulento, poniéndose él mismo en la desventajosa posición de no dar

¹⁵ PUELMA, A. op. Cit. 13p.

¹⁶ DEL ROSAL, B. 1993. Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal. EN: Curso “La Nueva Delincuencia (I)”, del Consejo General del Poder Judicial. 8p

¹⁷ Ibid.

cumplimiento a sus obligaciones, alejándose de esta forma del recto actuar que la sociedad espera de todo comerciante, incurriendo en una conducta ilícita dentro del marco de las relaciones mercantiles, que produce un perjuicio a sus acreedores, y cuyo daño se extiende a todo el sistema comercial y la confianza que toda persona tiene en él, provocando de esta forma, una desestabilización en todo el orden público económico y de los principios más básicos que nos hemos dado como ordenamiento jurídico. En definitiva, y tal como lo señala el Magistrado del Tribunal Supremo, don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, en su ponencia sobre *“Insolvencias Punible, los delitos de alzamiento de bienes”*, “En estos preceptos se contiene la respuesta penal a las maniobras de los deudores tendentes a evitar el posible éxito de la reclamación del acreedor encaminada a hacer efectivo su crédito ante el impago de ellos”.

El catedrático Francisco Muñoz Conde, dice a este respecto que, “el alzamiento de bienes, la quiebra y el concurso, en sus diversas modalidades, son, pues, los tipos delictivos que el Código penal contiene para, en casos límite, afianzar el derecho de crédito y con ello el cumplimiento de la obligación. No tiene, pues, otra finalidad que culminar el dispositivo de garantías que el Ordenamiento jurídico privado prevé para asegurar el

intercambio de bienes y servicios entre particulares a través de una estructura jurídica que es la relación jurídica obligacional.”¹⁸

En definitiva, y a modo de síntesis, el jurista español don Miguel Bajo Fernández, en cuadra estas conductas indicando que corresponden a la deficiencia particularmente grave en la administración de los bienes, conceptualizándola como, “la insolvencia culpable del comerciante que tiene su origen en la falta de orden regular y prudente de una buena administración mercantil cuando tal falta reviste una particular gravedad determinada por la ley.”¹⁹

¹⁸ MUÑOZ, F. 1996. Derecho penal parte especial. 11º Edición. Valencia. Tirant Lo Blanch. 394p

¹⁹ BAJO FERNANDEZ, M. 1973. El contenido de injusto en el delito de quiebra. Madrid. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. p542.

CAPÍTULO 2: ANÁLISIS DE LA INSOLVENCIA PUNIBLE. PARTE

GENERAL

Con la entrada en vigencia de la Ley 20.720 sobre Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, se introdujo un profundo cambio en el modelo de regulación de la insolvencia punible que regía en nuestro país, yendo más allá de una actualización normativa que buscaba dejar atrás un sistema que se basaba en presunciones, y que, como consta en los hechos, gran parte de las veces, se utilizaba como mecanismo de presión por parte de los acreedores al deudor, más que para castigar conductas reprochables e ilícitas cometidas por éste; sino que además esta ley actúa innovando, eliminando Libro IV del Código de Comercio, sacando de esta forma la regulación de la bancarrota de dicho cuerpo legal, incorporando el catálogo de conductas tipificadas al Código Penal.

En efecto, la Ley 20.720, en su Capítulo X, denominado “Modificaciones a leyes especiales”, título no muy preciso a nuestro juicio desde que, entre tales leyes modificadas se hallan el Código Civil y el Código Penal, que no

son propiamente “leyes especiales”, contiene el artículo 345, el que modifica el Código Penal, ordenando en el numeral 2) de dicho artículo que, sustituyendo en el Título IX del Libro Segundo, la denominación del Párrafo 7, “De las defraudaciones”, por la de “delitos concursales y de las defraudaciones”; para posteriormente, en su numeral 3), incorporar las conductas de insolvencia punible en los artículos 463, 463 bis, 463 ter, 463 quáter, 464, 464 bis, 464 ter, 465 y 465 bis, aprovechando parte de la antedicha numeración, que correspondía a disposiciones derogadas.

1- Principios generales de la ley.

En cuanto a los principios generales de la Ley, en lo relacionado con su aplicación en el espacio, debemos remitirnos a las normas generales a este respecto, esto es el Código Civil, que en su artículo 14 prescribe que “La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”, consagrando así el Principio de territorialidad de la ley.” A mayor abundamiento, el Artículo 5 de nuestro Código Punitivo reitera esta misma idea.

En lo que respecta al efecto en el tiempo, la ley incluye una serie de normas transitorias, dentro de las cuales, más específicamente, el Artículo duodécimo transitorio, establece que, “Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, el artículo 38 y el Título XIII, ambos del Libro IV del Código de Comercio, quedarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.”, otorgando de ésta forma, plena claridad respecto de la vigencia del Principio de Irretroactividad de la ley penal, consagrado de forma expresa en el Artículo 18 del Código Punitivo, aplicando las disposiciones de ésta nueva normativa, a los hechos constitutivos de delitos realizados con posterioridad al 10 de octubre de 2014, fecha de entrada en vigencia de dicho cuerpo legal. En este sentido,

“La importancia de este principio no necesita ser subrayada. Es claro que el legislador – en presencia de hechos, en las condiciones sociales del momento, pudiere estimar especialmente nocivos o

riesgosos – podría caer en la tentación de introducir *a posteriori* preceptos penales o agravar los existentes. Por ello, la irretroactividad de la ley penal se considera un derecho humano fundamental, contemplado en el art. 19, N°3, inc. 7 CPR y contenido, entre otros textos internacionales, en la Declaración Universal de los Derechos del Humanos (artículo 11 (2)), en el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y en el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica.”²⁰

En definitiva, la nueva Ley sobre Insolvencia no nos trae ninguna novedad en lo que atañe a efectos de la ley penal. Sin embargo, el hecho de encontrarse radicados los tipos penales de bancarrota en el Código Penal, conlleva a establecer que éstos son de aplicación general, en clara diferencia de lo que era la ley 18.175, cuyo sujeto activo de los delitos aplicaba de forma principal al “deudor calificado”, definido en el artículo 41 de dicha normativa, y del cual se habló en ampliamente en el capítulo anterior de

²⁰ POLITOFF, S.; MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2003. Lecciones de derecho penal chileno. Tomo I. 2da Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 125p y 126p.

este trabajo. Al encontrarse estos tipos en un código sustantivo, se hace extensible su aplicación a la generalidad de los habitantes de la República. Esto significa que ahora, deudores civiles o comunes, que podrían asimilarse a la “persona deudora”, también pueden ser sujetos activos de los delitos de insolvencia. En efecto, para este deudor, el legislador estableció tipos penales específicos, agrupándolos en el artículo 466 del citado Código, el que será analizado más adelante. El resto de las figuras tipificadas e incorporadas al Código Punitivo por la Ley 20.720, se aplican al sujeto activo que se denomina “empresa deudora”.

No obstante este punto, es menester señalar que también se han tipificado como delito ciertas conductas realizadas por otros sujetos ajenos al “deudor” o “empresa deudora”. Estos son los casos de aquellos tipos establecidos para sancionar las conductas antijurídicas de los Veedores, Liquidadores, e incluso, los administradores o directores de los negocios del deudor (éstos últimos, establecidos en el artículo 463 quater), así como también, y cabe destacar, la extensión que la ley hace de la responsabilidad penal respecto de aquellos que, valiéndose de la posición que ostentan los anteriormente mencionados, incurren en alguna de las conductas del Párrafo

7 del Libro Segundo del Código Penal, como reza el tenor del Artículo 464 ter.

2- Competencia.

Respecto de la competencia para conocer estos delitos, la ley ha sido clara en señalar, en el último inciso del artículo 465, que el juez competente será el correspondiente al domicilio del deudor, no dejando ningún tipo de dudas en este aspecto, guardando concordancia con las disposiciones generales de la ley concursal.

3- Elementos subjetivos del tipo penal.

Un aspecto importante a considerar en estos delitos corresponde a los elementos subjetivos del tipo, tal y como sucede con la gran mayoría de las conductas delictivas, esto es, el dolo o la culpa, dicho de otro modo, la

intencionalidad. Si bien, éste elemento se tratará caso a caso más adelante, en el análisis pormenorizado de cada uno de los tipos incorporados por la nueva ley concursal al Código Penal, cabe señalar desde ya que las figuras de bancarrota no admiten la comisión de forma diversa al dolo directo, pues como se verá, siempre que se cometa alguna de las conductas descritas, se harán con el fin de provocar, mediante el fraude, un deliberado perjuicio. Así las cosas, de no existir este ánimo lesivo en el actuar del agente concursal, no se podrían penar su conducta. A este respecto, don Miguel Bajo Fernández señala,

“Afirmar que cuando falta el ánimo de defraudar no hay dolo es una verdad a medias. Más cierto es que cuando falta el ánimo de defraudar no hay tipo de injusto; desaparece el objeto sobre el que recaen los juicios de antijuridicidad y culpabilidad. No se trata sólo de que desaparezca una de las formas de culpabilidad, sino de algo más trascendente. De ahí que resulte también rechazable la pretensión de castigar por imprudencia un delito cuyo tipo de injusto es portador de elementos subjetivos” [...] “La ley hace depender el

castigo del elemento subjetivo con lo que se excluye que el hecho pueda ser castigado cuando no se comete dolosamente.”²¹

De éste modo, apreciamos que la finalidad de perjudicar a los acreedores por parte del deudor, es una pieza fundamental para la configuración de los delitos de bancarrota, no dejando dudas respecto a la necesidad de que exista el ánimo de causar este daño. El profesor Alfredo Etcheberry lo indica de ésta forma:

“En primer término, estos delitos son concebidos como defraudaciones. Por lo tanto, su primer e indispensable elemento es el perjuicio de los acreedores. Este perjuicio consistirá en perder el todo o parte de sus créditos. Si el producto de la liquidación de los bienes del deudor basta para pagar íntegramente créditos, intereses y costas, de modo que no exista en definitiva perjuicio alguno para los acreedores, no hay delito”, y continúa diciendo, “La verdadera causa del perjuicio es la situación de insolvencia del deudor, es

²¹ BAJO FERNANDEZ, M. 1973. Op. Cit. 536p.

decir, la incapacidad del patrimonio de éste para hacer frente a sus compromisos total o parcialmente.”²²

A mayor abundamiento, y para reforzar esta teoría, me permito nuevamente citar a don Miguel Bajo Fernández, quien en compañía de Silvina Bacigalupo, señalan:

“El dolo (conocimiento y voluntad referidos al tipo objetivo) ha de abarcar tanto la modalidad de conducta como el resultado de insolvencia.

La referencia del dolo al resultado de insolvencia ha sido negado en varias ocasiones por distintos motivos que pueden reducirse a un argumento de índole psicológico. Se dice que, salvo casos patológicos excepcionalísimos, es difícil pensar en un comerciante que voluntariamente determina su propia ruina (insolvencia). Sin embargo, en la práctica predominan las conductas de fuga con los bienes o simulaciones de pasivo en que se da una clara intención de colocarse en situación de insolvencia frente a los

²² ETCHEBERRY, A. 1976. Derecho Penal. Tomo III. Santiago. Editora Nacional Gabriela Mistral. 298p.

acreedores que no tienen nada de patológico. El dolo obedece a un sencillo deseo de lucrarse no satisfaciendo sus deudas.”²³

Así las cosas, a modo de conclusión sobre este punto, y siguiendo la postura del catedrático español Bernardo del Rosal Blasco²⁴, no cabe dudas a nuestro juicio, y pese a que un sector de la doctrina señala lo contrario, que los delitos de bancarrota no pueden sino ser cometidos de forma dolosa, rechazándose categóricamente la posibilidad de comisión culposa. Es por este ánimo deliberado de defraudar que también descartamos absolutamente la posibilidad de comisión con dolo eventual, pese a que parte de la doctrina si lo admite para ciertos casos, (hecho que se verá más adelante en este trabajo, al analizar principalmente el tipo penal establecido en el Art. 463 del Código Penal), puesto que se hace muy cuestionable pensar que para el actor vea el perjuicio en el que incurre como una mera posibilidad o probabilidad, toda vez que de la lectura de los tipos penales se aprecia que esa la voluntad del sujeto, y que además, busca los medios idóneos para conseguir su objetivo.

²³ BAJO FERNANDEZ, M y BACIGALUPO, S. 2001. Derecho Penal Económico. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 409p

²⁴ DEL ROSAL, B. 1993. Op. Cit. 24p

4- Autoría en materia de delitos de bancarrota.

En cuanto a lo que atañe a la autoría en los delitos concursales, es preciso señalar que, históricamente hablando, ha sido considerado como el sujeto idóneo para cometer las conductas descritas la persona del deudor, encontrándonos así, en presencia de un “delito especial propio”. A ellos se refiere el Profesor Garrido, en los siguientes términos, “Los propios (delitos especiales) consisten en un tipo único cuyo autor puede ser exclusivamente un sujeto calificado, o sea que cumpla las cualidades requeridas por la figura penal, que no cuenta con un equivalente en un delito común.”²⁵.

Si bien es cierto, y como se verá posteriormente en este trabajo, la nueva tipificación incorporada al Código Penal contempla preceptos destinados a sancionar a otras personas, como el Veedor y Liquidador, el sujeto central de las conductas de bancarrota corresponde al Deudor. De la misma línea es la opinión del catedrático Bernardo del Rosal Blasco, quien señala, a raíz del delito de alzamiento de bienes en el derecho español, que, “Sujeto activo, pues, no puede serlo más que el deudor. En este sentido, quien no

²⁵ GARRIDO, M. 2003. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 3ra Edición. 256p.

ostente la cualidad de deudor no podrá nunca ser autor del delito aunque podrá responder a título de cooperador o cómplice”²⁶. Es respecto de esto último, la participación, donde se produce un debate, el cual, no surge sólo como producto de los delitos de insolvencia, sino que en general, corresponde a una problemática en todos los delitos especiales propios. Y es que existe una parte de la doctrina que señala, para estos casos, que en los supuestos de participación, al cómplice o encubridor, sólo podría penárseles como tal, cuando con su conducta, cometan un ilícito, distinto en este caso, de los de bancarrota, por no concurrir en ellos la idoneidad que requieren estos tipos, es decir, ser “*extraneus*”. Sin embargo, es discutible esta postura, puesto que, de acogerla, se abriría la puerta a pensar que, por ejemplo, en los casos en que no exista una figura que sancione la conducta del *extraneus*, este incluso podría quedar impune, lo que es absolutamente ilógico y contrario al espíritu de la ley, que le ha dado una gran importancia a estos ilícitos dada la envergadura social que se desprende de ellos. Además, parece razonable pensar que, si el legislador ha incorporado los tipos penales que versan sobre las insolvencias en el Código Penal, es porque también ha pretendido con eso, que se le hagan aplicables las

²⁶ DEL ROSAL, B. Op. Cit. 25p

normas de participación que contempla el mismo cuerpo legal, haciendo de este modo, una interpretación sistemática del ordenamiento criminal chileno. De esta misma línea, y reforzando la tesis sostenida en este trabajo, es la opinión del catedrático Ferré Olivé, quien afirma para este tipo de delitos que,

“el legislador no solo nos indica quienes, en su condición de *intraneus*, pueden ser autores de un delito especial. También nos indica claramente que los *extraneus* no pueden ser autores, por no poseer la característica requerida. Pero el hecho de que no puedan ser autores no debe interpretarse como que no son destinatarios de la norma en estos delitos especiales. Las normas especiales van dirigidas a todos, tanto a *intraneus* como a *extraneus*. Por ello puede decirse que el partícipe de un delito especial también actúa en contrariedad a la norma. La norma también se dirige al *extraneus*, para evitar que participe en un delito de un sujeto cualificado. De esta forma, rechazamos los planteamientos que sostienen que en

estos delitos la norma incriminadora se dirige a un número limitado de personas.”²⁷

5- Condición objetiva de penalidad en las insolvencias punibles.

Es menester también, hacernos cargo de un elemento que se hace imposible de soslayar, y que dice relación con la necesidad de que las conductas tipificadas en estos artículos del Código Penal, se vean inmersas dentro de alguno de los procedimientos concursales que establece la Ley 20.720. En este sentido, y así se desprende de la lectura de los preceptos legales, se hace necesario la existencia de uno de estos procedimientos civiles para poder atribuir responsabilidad criminal al sujeto activo que incurra en dichas conductas, por lo que nos encontramos ante una condición de punibilidad, dado que ya no existe la “calificación de la quiebra”. Estas, “se designan con el nombre de *condiciones de punibilidad* ciertos excepcionales requisitos de hecho, extrínsecos al delito e independientes de sus elementos constitutivos, que la ley exige en determinados casos para la

²⁷ FERRÉ, J. 2001. Autoría y delitos especiales. EN: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. *In memoriam*. España. Ediciones Universidad Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca. 1017p.

imposición de la pena. Son eventos futuros e inciertos, sin cuya concurrencia el delito existe ontológicamente, pero no puede castigarse; suponen un hecho punible completo en sus elementos y son independientes de la voluntad del sujeto.”²⁸ . Del mismo modo, Etcheberry señala, “Los autores alemanes dan este nombre (**aussere Bedingungen der Strafbarkeit**) a ciertos eventos ajenos a la acción misma, pero cuya concurrencia es indispensable para que pueda entrar a aplicarse pena”²⁹ .

Así las cosas, es impensable hablar de una sanción penal si estas conductas se cometen fuera del ámbito de los procedimientos concursales establecidos por la ley de insolvencias, desprendiéndose este pensamiento de la línea interpretativa del derogado Libro IV del Código de Comercio, el cual requería de la declaratoria de quiebras para poder penar al sujeto activo. De este modo, el Profesor Arturo Prado nos dice, respecto de la ley 18.175, que, “en Chile no existe quiebra virtual, con lo cual la persecución del delito de quiebra culpable o fraudulenta sólo podrá tener lugar una vez que el juez civil o de competencia común declare la quiebra”, y continúa, “Sólo a partir de este estado procesal podrá iniciarse la investigación de los

²⁸ LABATUT, G. 1992. Derecho Penal. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 9º Edición. 89p

²⁹ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 3º Edición. 13p

hechos que se imputan al fallido y que la ley estima constitutivos de presunciones de quiebra culpable o fraudulenta cuando importen pérdidas a los acreedores.”³⁰, siendo de esta forma, en el sistema antiguo, necesaria esta declaración judicial para aplicar una pena al deudor.

A modo de complementación, es pertinente hacerse cargo de una discusión que se ha suscitado en la doctrina respecto de lo explicado en el párrafo anterior, y es que para un sector, no se trataría de una condición objetiva de punibilidad, sino que más bien, se trataría de una condición de procesabilidad. La profesora Faraldo nos explica esto de la siguiente manera:

“Con carácter general cabe señalar que tanto la Ciencia penal española como alemana se ha destacado tradicionalmente que las condiciones objetivas de punibilidad se fundamentan en consideraciones sustantivas que afectan a la existencia material del delito. Por el contrario, las condiciones de procesabilidad se basan en razones estrictamente procesales, que no afectan ni al concepto de delito ni al Derecho penal, puesto que presuponen ya la

³⁰ PRADO, A. 2006. El proceso de calificación de la quiebra. EN: Charlas Colegio de Abogados de Chile A.G. Santiago, 2 de Noviembre de 2006. 10p.

existencia de un hecho delictivo. Los requisitos procesabilidad no inciden para nada en la punibilidad del delito y solamente atañen a la admisibilidad de su persecución procesal, esto es, al sí y al cómo de la actividad procesal. Esta idea puede reformularse de la siguiente forma: la adscripción de un elemento típico al Derecho material depende de su vinculación al acontecer del hecho, de forma que se tratará de una condición objetiva de punibilidad si contribuye directamente a determinar la situación del hecho y su materialización, mientras que los presupuestos de perseguibilidad son ajenos al complejo fáctico.”³¹

Es por estos motivos que, se rechaza esa postura, puesto que, si fuera efectivamente un requisito de procesabilidad, como indica ese postulado, el delito sería perseguible penalmente desde el momento de perpetrada alguna de las acciones indicadas, siendo esta situación en varios casos muy anterior siquiera a la existencia de un procedimiento concursal (como ocurre claramente en los casos de los arts. 463, 463 bis N° 1, 463 ter N° 2.), faltando de esa forma un elemento formativo del injusto sancionado, por lo

³¹ FARALDO, P. 2002-2003. Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal. EN: Estudios penales y criminológicos N°24. 300p

que es errado pensar que pueda existir delito antes verse involucrado dentro de alguno de los procedimientos concursales, puesto que, y como consta en la Historia de la Ley, es precisamente esto por lo que se quiere velar: que dichos procedimientos se realicen libre de toda ilicitud. Además, se estaría afectando directamente los plazos de prescripción de los mencionados delitos, lo que nos parece equivocado.

6- La omisión como forma de comisión de los delitos de bancarrota.

Otro aspecto preliminar, al cual estimo pertinente referirme en este trabajo, versa sobre las omisiones tipificadas en estos artículos. En la práctica, sabemos que no sólo se puede vulnerar una norma actuando, sino que también, dejando de actuar en los casos en que se establece este deber de acción. Para el profesor don Eduardo Novoa Monreal, “Cuando un hombre desobedece una norma jurídica de mandato, su comportamiento real se traduce a un no hacer aquello que le imponía su deber jurídico con fines bien perfilados de colaboración activa a las exigencias de la organización social establecida. El sujeto ha rehusado, en tal caso, obrar de la manera

determinada que le estaba impuesta jurídicamente y ello constituye una conducta contraria al Derecho.”³² A mayor abundamiento, y para no dejar dudas al respecto, vuelvo a citar al Profesor Novoa, quien señala, en los siguientes términos, “La descripción típica de un genuino tipo de omisión va a quedar centrada en la referencia a un verbo rector significativo de un omitir, en razón de que se ocupa de un determinado comportamiento de abstención. El tipo, por consiguiente, empleará alguna de las formas del verbo “omitir”, destinada a señalar como presupuesto de la sanción penal a la abstención de un cierto obrar”.³³

Siguiendo esta lógica, y en una primera lectura de la ley, vemos que el legislador ha establecido un solo tipo de omisión, específicamente en el art. 463 N°2, conducta que corresponde a no haber llevado o conservado los libros de contabilidad y sus respaldos, que hace extensible la responsabilidad por estos delitos a los directores y administradores en el art. 464 ter, puesto que en todas las otras hipótesis, siempre se está refiriendo a una acción positiva. Pese a que, para algunos autores, el hecho ocultar o no entregar antecedentes completos también constituiría una omisión,

³² NOVOA, E. 1983. Fundamentos de los delitos de omisión. Buenos Aires. Depalma. 45p.

³³ NOVOA, E. op. Cit. 46p.

estimamos que se trata más bien de un acción de falseamiento o tergiversación de información, casos que se analizarán más adelante en este trabajo, por lo que nos alejamos de la concepción de omisión. Sin embargo, parte de la doctrina ha señalado la posibilidad de formular delitos de insolvencia, principalmente, alzamiento de bienes, en la modalidad de comisión por omisión, en casos en los que el deudor pudiendo hacerlo, no evita su propia insolvencia. Sin embargo, parece difícil pensar la posibilidad de generar una posición de garante en la persona del deudor, de modo que sea obligado a actuar en determinadas circunstancias, por lo que se descarta la posibilidad de una omisión impropia.

7- Bien jurídico protegido.

Otro asunto de suyo importante, es referirnos al bien jurídico protegido en los delitos de bancarrota. Ésta materia ha sido objeto de un álgido debate en la doctrina, no sólo nacional, sino que también en todos los países donde se ha regulado la insolvencia punible.

Iniciemos este análisis desde el elemento más básico, ¿qué es un bien jurídico protegido? El Profesor Juan Bustos señala que, “el concepto «bien jurídico» designa el objeto protegido por el sistema penal. Son bienes jurídicos, por ejemplo, la libertad, la vida, la salud individual, el patrimonio y el medio ambiente.”³⁴ En este sentido, podemos aseverar que los bienes jurídicos protegidos constituyen una limitante a la facultad sancionadora del Estado, y es que en virtud del Principio de Ultima Ratio del Derecho Penal, el que sólo permite su actuación en aquellos casos en los cuales, por la envergadura de la situación, sea menester sancionar. El Profesor don Mario Garrido Montt nos clarifica este elemento de la siguiente forma:

“Como se ha visto, el legislador no es libre para sancionar cualquiera conducta; puede hacerlo únicamente cuando tiene motivos que legitiman el ejercicio de esa facultad, y ello sucede cuando se dirige a la *protección de bienes jurídicos valiosos*. Es lo que se denomina *principio de lesividad* (o de nocividad): sólo pueden ser punibles las conductas que lesionan o ponen en peligro intereses jurídicos socialmente valiosos. El ejercicio del *ius*

³⁴ BUSTOS, J y HORMAZABAL, H. 1997. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Madrid, Editorial Trotta.. 57p.

puniendi encuentra legitimación exclusivamente cuando se sancionan acciones u omisiones que han dañado o puesto en peligro valores calificados como fundamentales por la comunidad.”³⁵, para posteriormente continuar diciendo, “La pena se presenta como el instrumento que tiene el Estado para amparar intereses jurídicos trascendentes, como la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc.; es su lesión o puesta en peligro lo que se trata de evitar.”³⁶

Estos bienes jurídicos protegidos surgen de la vida en sociedad, puesto que se trata de todos aquellos principios y valores que, a criterio del legislador, son merecedores de especial defensa dada la importancia que como comunidad les hemos atribuido, surgiendo esta necesidad de cautela, mediante la norma penal, de vulneraciones que nosotros mismos, integrantes de este grupo humano, podamos cometer, y del peligro que esto conlleva para el ordenamiento que nos hemos dado. El Profesor Alfredo Etcheberry, al hacerse la pregunta, “¿Cuáles son, concretamente, los bienes o valores jurídicos?”, se contesta diciendo, “La respuesta dependerá de la

³⁵ GARRIDO, M. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1ra Edición.43p.

³⁶ GARRIDO, M. op. Cit. 44p.

sociedad en que se viva y el sistema de valores filosóficos y políticos que la inspiren.”³⁷

Es pertinente señalar que el derecho penal actúa en estos casos cuando no existe otro recurso para proteger estos intereses especialmente importantes para la sociedad. A esto nos referimos cuando hablamos del “carácter fragmentario o subsidiario” del derecho penal. Garrido Montt nos indica al respecto, “Se sabe que el derecho penal recoge algunos de ellos (en referencia a los intereses socialmente relevantes) y los eleva a la categoría de dignos de protección, señalando al mismo tiempo a qué peligros o agresiones extenderá esa protección. Esta modalidad de ser le da el carácter de *derecho fragmentario*, y como la protección que ofrece es postrera, porque se recurre a ella cuando los demás recursos del Estado han resultado ineficaces, se presenta como un derecho *subsidiario*.”³⁸ De esto se deriva entonces que, en esencia, estos bienes jurídicos, o el atributo de tal a ciertos intereses, van a ir variando en la medida que la evolución social vaya dictando nuevos parámetros de tutela. De modo que, al cambiar las

³⁷ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 3° Edición. 29p

³⁸ GARRIDO, M. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1ra Edición. 64p.

necesidades de protección social, el ordenamiento necesariamente se va a ir modificando, lo que no implica sólo quitar tipos penales obsoletos, sino que también, ir agregando nuevos cuando el desarrollo vaya requiriéndolos. “Se considera dañina una conducta cuando afecta un interés. El interés es la posición subjetiva que las personas tienen para valorar determinados bienes; estos bienes pueden ser de orden material o inmaterial.”³⁹ Son los Profesores Bustos y Hormazábal, quienes ahondan en el carácter eminentemente social de los bienes jurídicos protegidos, y de su intrínseca naturaleza cambiante de acuerdo a las modificaciones que se van desarrollando con el correr del tiempo, quienes, concluyen, señalando lo siguiente “los bienes jurídicos considerados materialmente, son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos pues están en permanente discusión y revisión.”⁴⁰

En definitiva, será necesario determinar el bien jurídico que el legislador ha buscado proteger para establecer si estamos o no ante delitos de

³⁹ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit. 320p.

⁴⁰ BUSTOS, J y HORMAZABAL, H. 1997. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Madrid, Editorial Trotta.. 59p.

insolvencia. Es decir, cuál es aquel el interés que se procura salvaguardar estableciendo tipos penales de bancarrota, puesto que a partir de esta base, se configura la política criminal a adoptar.

Incluso, será pertinente delimitar si la protección es para un bien jurídico específico, o se extiende a una multiplicidad de estos. En este punto, y antes de continuar el análisis, se hace necesario aclarar un aspecto básico en la doctrina penal y que es de especial relevancia atendida la naturaleza de este capítulo. La doctrina, dentro de la variedad de clasificaciones que, por motivo de estudio, ha realizado de los delitos, ha puesto sus ojos en el número de bienes jurídicos protegidos por el tipo penal, como criterio para categorizar estos.

En este sentido, el Doctor en Derecho argentino, don Raúl Núñez, en su Manual de derecho penal, define esta situación de la siguiente forma:

“Tipos de ofensa simple y tipos de ofensa compleja. Así también se clasifican los delitos. El criterio de división atiende al bien jurídico tutelado por el tipo o, correlativamente, al bien jurídico lesionado por el delito) Al tipo de ofensa simple le corresponde como objeto de la ofensa, un solo bien jurídico (la vida, al tipo del

homicidio; la propiedad, al del hurto). Al *tipo de ofensa compleja* le corresponde como objeto de la ofensa, más de un bien jurídico. Pero, el título del delito es determinado por el bien que el legislador considera prevaleciente.”⁴¹

De esta forma, entendemos que si bien, un mismo tipo penal busca la protección de dos o más bienes jurídicos, siempre existirá uno primordial, que será el que tome protagonismo, sin que por ello se disminuya la cautela de los demás.

Las teorías que los estudiosos del Derecho penal han esbozado son varias respecto del bien jurídico protegido al reglar la insolvencia punible, y los diversos autores en la materia no logran llegar a un acuerdo pleno. Sin embargo, es posible determinar dos líneas de pensamiento principales que, a nuestro juicio, son las más significativas, y cuya relevancia es menester analizar. La primera de ellas es aquella corriente que señala que el bien jurídico tutelado es único, y que corresponde al patrimonio y al crédito de los acreedores. Esta corriente ampliamente aceptada, se basa en la idea de que mediante diversos artilugios del deudor, los acreedores ven

⁴¹ NUÑEZ, R. 1999. Manual de derecho penal Parte General.4ta edición. Córdoba. Marcos Lerner Editora Córdoba. 145p.

menoscabado el legítimo derecho que poseen a hacerse pago de las obligaciones contraídas por el deudor, afectándose así su patrimonio. Sin embargo, ya a primeras luces podemos observar puntos de críticas a este respecto. En primer lugar, con la tipificación de estos delitos, no sólo se busca soslayar el pago a un acreedor, sino que también, otros elementos como por ejemplo la aportación de documentación falsa, que nada tiene que ver con el crédito adeudado propiamente tal. También, porque la insolvencia en sí no es punible, puesto que el devenir de la economía puede llevar a los comerciantes a realizar malos negocios, por lo que sólo será reprochable al deudor en los casos en que por medio de su actuar, haya pretendido ponerse de forma ilícita en aquella situación. Para Puga Vial, “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.”⁴². El autor posteriormente señala, y para aclarar a que nos referiríamos con bien jurídico “patrimonio” que, “el fraude concursal no está en no pagar, sino en poner en peligro dichos pagos mediante la traición a la confianza depositada por los acreedores en el deudor, esto es, mediante el inadecuado manejo de

⁴² PUGA VIAL, J. 1994. Derecho Concursal. Delitos de la quiebra. 1ra Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 55p.

la principal garantía de los acreedores: el patrimonio del deudor”⁴³ En definitiva, según esta corriente, es que lo tutelado no sería el patrimonio del acreedor como un atributo de su personalidad, sino que en realidad, lo que se busca proteger es el patrimonio de la persona deudora de sus propios actos irregulares, con la finalidad de que, una vez que se realicen los bienes que lo componen, puedan hacerse pago de sus créditos con ellos, todo esto, dentro del marco de la presunción de buena fe sobre la que descansa todo el derecho y las relaciones entre particulares; por lo que, de esta forma, lo que se pone en peligro de igual forma es la confianza sobre la que reposa todo el sistema comercial y crediticio, y con ello, toda la fe pública. Junto con esto, tema importante es referirnos a que también se ha dicho que el bien jurídico protegido es en realidad la “*par condictium creditorum*”, esto es, el derecho de los acreedores a distribuirse el patrimonio del deudor, y el derecho de éstos a que dicha distribución sea igualitaria, salvo las preferencias establecidas por la ley común. En este sentido, Puga Vial señala, “Si consideramos que los acreedores no tienen derecho al patrimonio del deudor, sino a ser pagados en la parte alícuota que les corresponde, entonces los actos de bancarrota no son atentados propiamente

⁴³ PUGA VIAL, J. 1994. Derecho Concursal. El juicio de quiebras. 1ra Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 55p.

patrimoniales, no es el perjuicio que sufren los acreedores en sus créditos, sino que son actos que lesionan la buena fe de que fue depositario el deudor. Los delitos de bancarrota tienen, por regla general, como objeto material el propio patrimonio del deudor, pero no en tanto derecho de los acreedores, sino en tanto garantía de la confianza que ellos depositaron en el fallido. Los actos de bancarrota tienen en común que violan esta garantía y no un derecho que positivamente no existe en nuestra legislación.”⁴⁴ (Esto último en referencia que el denominado “Derecho de Prenda General de los Acreedores”, consagrado en nuestra legislación en el Art. 2469 del Código Civil, el que no contempla que los acreedores tengan derechos sobre los bienes del deudor, sino que más bien, el derecho que se consagra es a que con el producto de la realización de estos bienes, se haga el pago de las obligaciones contraídas.)

A este respecto, el Profesor Ricardo Sandoval también critica esta corriente de pensamiento, señalando que “La tendencia actual es hacia la despenalización de los delitos relacionados con la quiebra o con los actuales procedimientos concursales, porque en realidad el delito no puede

⁴⁴ PUGA VIAL, J. 1994. Derecho Concursal. Delitos de la quiebra. 1ra Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 59p.

tipificarse tomando como bien jurídico afectado al patrimonio, porque al ser así se requiere acreditar el elemento subjetivo, la intención de defraudar y , si este elemento no se logra probar, el delito queda sin sanción.”⁴⁵ Por lo que se nos hace difícil asegurar a ciencia cierta que sea efectivamente éste el bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia.

Otra línea de pensamiento importante es aquella que ve que el bien tutelado al tipificar estas figuras de bancarrota va más allá de un elemento netamente patrimonial. En este sentido, podemos decir que van más allá de la limitación de un bien único, sino que se trata de un complejo interés social en la materia. Así las cosas, y con la simple lectura del Párrafo en análisis del Código Penal, es posible apreciar que estamos en presencia de hipótesis que van más allá de lo que refiere al cumplimiento o no de obligaciones. Retomando la crítica a la teoría anteriormente mencionada, lo que se vulnera no es sólo el crédito en cuestión, sino que toda la fe y la confianza en el sistema crediticio. Especialmente en una sociedad en que rige el libre mercado, con pocas regulaciones, recobra especial importancia en las relaciones mercantiles, la buena fe y el funcionamiento espontáneo de

⁴⁵ SANDOVAL, R. 2014. Reorganización y Liquidación de empresas y personas, Derecho Concursal. 7ma Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 443p.

la economía, por lo que el daño no es sólo en contra del acreedor que ha visto burlado su crédito, sino que contra todos aquellos que depositan su confianza en este sistema, terminando por atentar contra todo el orden establecido, y los que participan de él. Don Ricardo Sandoval los denomina “Bienes jurídicos Macrosociales”, por la importancia que tienen para todos quienes integramos la sociedad. En este punto, el Profesor lo conceptualiza y relaciona con otros que tienen tanta o más importancia, de la siguiente forma,

“Los bienes jurídicos macrosociales tienen un carácter difundido, como por ejemplo un atentado al medio ambiente afecta a todos; la calidad y la seguridad en el consumo compromete o perjudica a toda la comunidad. Además, el costo social en los bienes jurídicos macrosociales es más alto, ya que en el caso por ejemplo de un delito de lesiones, se atenta contra un bien jurídico individual, el costo lo soporta una sola persona, el que sufrió las lesiones, en cambio un atentado contra el crédito o contra la transparencia del mercado, que son bienes jurídicos macrosociales, lo sufren todos los que hacen uso de esos bienes o que participan dentro del mercado,

siendo en consecuencia un costo más alto por ser de carácter colectivo.”⁴⁶

En este sentido, se amplía el objeto de la tipificación a conceptos más complejos, puesto que los efectos que tiene la insolvencia son efectivamente de carácter más abierto, cómo es el caso de la fe pública, o la confianza en todo un sistema económico en el que se basa un sociedad completa.

A modo de conclusión, Contador y Palacios, enmarcan los nuevos tipos penales de la siguiente forma,

“La nueva tipificación de los ilícitos concursales que se señalan en los artículos 463, 463 bis, 463 ter, 463 quater, 464, 464 bis, 464 ter, 465 y 465 bis del Código Penal, obligan al intérprete a analizarlos bajo una nueva lógica dentro del derecho penal concursal, con el objeto de determinar dentro de cada uno de estos tipos penales, el objeto de protección atendido o protegido. En nuestro análisis y a partir de ver dada uno de estos tipos penales que se describen en las normas antes citadas, observamos que estamos

⁴⁶ SANDOVAL, R. op. Cit. 442p.

frente a un delito pluriofensivo, dado que serán variados los bienes o principios que el legislador ha querido resguardar o proteger.”⁴⁷

Estas son las corrientes doctrinales más predominantes sobre el asunto del bien jurídico protegido con la tipificación de los delitos de insolvencia. Cabe destacar que también se han desarrollado tesis adicionales, como lo es por ejemplo aquella que asegura que atenta contra la correcta administración de justicia, puesto que lo que se buscaría es eludir los efectos de los procedimientos de insolvencia; o la fluidez de las operaciones comerciales y el éxito de las mismas.

Después de haber realizado el estudio de las doctrinas anunciadas anteriormente en este acápite, y considerando la lectura de los tipos penales en discusión, es acertado indicar, a nuestro juicio, que el bien jurídico protegido en estos casos, es efectivamente más amplio que el mero concepto de patrimonio. Los efectos de la insolvencia exceden los límites de la relación jurídica creada por la obligación contraída entre el deudor fallido y su acreedor, llegando efectivamente a afectar todo un sistema económico, poniéndolo en tela de juicio, puesto que como bien se sabe, la

⁴⁷ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit.325p.

bancarrota produce en efecto en cadena, produciendo de esta forma que los alcances de ésta se vayan transmitiendo de la persona del insolvente a otra, puesto que las relaciones mercantiles se basan precisamente en esa fe que los comerciantes tienen sobre el crédito de los cuales son titulares. (Lo que en el antiguo sistema, los estudiosos denominaron “efecto multiplicador negativo de la quiebra”.) Y es que es evidente la afectación que se produce al ordenamiento es de interés colectivo, puesto que altera otras bases fundamentales de la sociedad. Para Bajo y Bacigalupo, “Los delitos de insolvencia son algunos de los más característicos de entre los delitos económicos. Su importancia criminológica estriba en uno de sus efectos más significativos: la reacción en cadena, ya que se van transmitiendo de unos comerciantes a otros las dificultades de pago y las crisis, los despidos masivos de trabajadores, el alza de interés en los institutos de crédito, etc.”⁴⁸

Una respuesta a este argumento es aquel que se basa en que sólo desde una perspectiva patrimonial de la bancarrota se puede comprender la sanción a conductas tales como el alzamiento de bienes de poca monta, o la insolvencia de empresas pequeñas, e incluso, individuales, que, según esta opinión, serían incapaces de afectar al sistema económico completo. Sin

⁴⁸ BAJO FERNANDEZ, M y BACIGALUPO, S. 2001. Derecho Penal Económico. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 4373p

embargo, y como opinión personal, en los hechos, son precisamente estas pequeñas y medianas empresas las que generan la mayor cantidad de empleos, y son estos mismos pequeños emprendimientos los que están dando motor a la economía, por lo que sería errado pensar que con su salida del mundo comercial no existiría peligro alguno para la economía.

Asimismo, y respecto de personas deudoras, el fenómeno del sobre endeudamiento es tal, que no se puede hacer vista gorda de éste hecho, puesto que definitivamente este índice se traduce en un factor de desaceleración económica, al desincentivar la inversión, y con ello, un duro golpe al resto del comercio.

En definitiva, si bien es cierto, y como se señaló anteriormente, no podemos limitar al patrimonio la tutela que se busca con la tipificación de estas conductas, no es menos cierto que, mediante la protección del patrimonio, se busca lograr un alcance de protección más amplio. “La diferencia entre estos delitos (en referencia a la insolvencia punible) y los puramente patrimoniales radica, pues, en que a través de la protección inmediata de los patrimonios individuales se protege de forma mediata el

adecuado funcionamiento del sistema crediticio, concreción del orden económico en sentido amplio.”⁴⁹

Junto con esto, es menester señalar que existe una clara diferencia entre las insolvencias punibles y los delitos contra el patrimonio, lo que se traduce también, en una crítica al legislador concursal, que incorporó las figuras de bancarrota en dicho capítulo, la cual radica, como lo ilustra el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña, don Carlos Martínez-Buján Pérez, en que,

“a diferencia de lo que normalmente sucede en estos últimos delitos (en referencia a los delitos patrimoniales clásicos, como los de apoderamiento y las defraudaciones), en los cuales la acción delictiva recae sobre un patrimonio ajeno, en las figuras de insolvencia concurre la característica común de que la acción delictiva recae sobre el propio patrimonio del sujeto activo; ahora bien, el fundamento de la criminalización de este comportamiento reside en el dato de que dicha acción se halla dirigida a ocasionar un perjuicio económico a las personas con las que el sujeto activo está

⁴⁹ FARALDO, P. op. Cit. 283p.

unido por una relación civil o mercantil, basada en el crédito. De ahí se desprende, en fin, que consecuentemente sujeto activo de los delitos de insolvencia será siempre el deudor; sujeto pasivo, el acreedor.”⁵⁰

Sin embargo, y a modo de conclusión, para el legislador penal chileno, esta discusión no tuvo acogida plena, puesto que de igual forma, los delitos de insolvencia punibles fueron incorporados al Código Punitivo, en su Libro Segundo, pero junto con los demás delitos contra la propiedad del Título IX. Es más, ha denominado al Párrafo 7 “De los delitos concursales y de las defraudaciones”, asimilando la insolvencia punible a los demás fraudes, por lo que, si bien, doctrinalmente podemos señalar que lo protegido va más allá del patrimonio, en la práctica, y a raíz del análisis de la ley, es acertado señalar, que para el legislador de la ley 20.720, y de las modificaciones del Código Penal, se queda con la protección patrimonial como objeto de los tipos de bancarrota en nuestro país, yendo en sentido inverso al criterio moderno, que marca la tendencia actual de las legislaciones en países vecinos, esto es, otorgar tutela a estos bienes

⁵⁰ MARTINEZ-BUJAN, C. 2002-2003. Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes. Estudios penales y criminológicos N°24. 448-449p.

jurídicos en el contexto de la colectividad social, como indica el Profesor Sandoval.⁵¹

⁵¹ SANDOVAL, R. op. Cit.. 443p.

CAPÍTULO 3: ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES
INCORPORADOS POR LA LEY 20.720 AL CÓDIGO PENAL
CHILENO. PARTE ESPECIAL

Habiendo entregado una referencia respecto de los aspectos generales sobre el estudio de la insolvencia punible en el ordenamiento jurídico chileno, es hora de entrar de lleno al análisis propiamente tal de los tipos penales que, en el ordenamiento jurídico actual, versan sobre esta materia.

Como se ha dicho anteriormente, la Ley 20.720 sobre Insolvencia y Reemprendimiento, en su Artículo 345, introduce las conductas sobre insolvencia punible a nuestro Código Penal, tipificando así los delitos de bancarrota en sus artículos 463, 463 bis, 463 ter, 463 quáter, 464, 464 bis, 464 ter, 465, 465 bis, y 466; que procedieron a reemplazar aquellos establecidos en los artículos 219 y 220 de la antigua Ley de Quiebras. Estos tipos penales constan en diversas conductas en las que pueden incurrir, como sujetos activos, las **Empresas Deudoras**, es decir, aquellos deudores a que se refiere el Artículo 2 Numeral 13) de la ley, que las define como

“Toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del decreto ley N°824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta.”, en el marco de los Procedimientos de Liquidación o de Reorganización de activos; así como las **Personas Deudoras**, comprendidas en el numeral 25) del Artículo antes mencionado, que comprende al resto de los deudores de la siguiente forma, *“toda persona natural no comprendida en la definición de Empresa Deudora”*. Situación similar espera a los directores y administradores de los negocios del deudor, pues se entiende que actúan por ellos. Pero también, extiende la calidad de sujeto activo, como se mencionó en la parte anterior de este capítulo, a los **Liquidadores**, definidos por la ley como *“Aquella persona natural sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, cuya misión principal es realizar el activo del Deudor y propender al pago de los créditos de sus acreedores, de acuerdo a lo establecido en esta ley.”* (Art. 2 N° 19); y también al **Veedor**, siendo éste, *“aquella persona natural sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, cuya misión principal es propiciar los acuerdos entre Deudor y sus acreedores, facilitar la proposición de*

Acuerdos de Reorganización Judicial y resguardar los intereses de los acreedores, requiriendo las medidas precautorias y de conservación de los activos del Deudor, de acuerdo a lo establecido en esta ley”, como lo señala el Art. 2 N° 40.

Así las cosas, procedo a continuación a realizar el análisis detallado de cada uno de las normas objeto de éste trabajo, todas del Código Penal, Libro Segundo, Párrafo 7, *“De los delitos concursales y de las defraudaciones”*.

1- Artículo 463.

El Código Penal establece, en su **Artículo 463**: *“El que dentro de los dos años anteriores a la resolución de liquidación a que se refiere el Capítulo IV de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas ejecutare actos o contratos que disminuyan su activo o aumenten su pasivo sin otra justificación económica o jurídica que la de perjudicar a*

sus acreedores, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.”

Al dar una primera lectura a la norma ya avizoramos un primer problema. Como se señaló en la parte general de este capítulo, las normas sobre insolvencias punibles, al tratarse de delitos especiales propios, tienen como destinatarias un sujeto determinado, el deudor (aunque, como veremos más adelante, también se sancionan conductas realizadas por otros agentes concursales, como el Veedor o Liquidador). Sin embargo, el legislador ha utilizado el vocablo “El que”, abriendo el abanico de supuestos sujetos activos de las conductas, lo que demuestra una falta de precisión, al emplearse solamente un pronombre gramatical sin complementarlo con el sustantivo, esto es, el sujeto activo propiamente tal. Aquello, a nuestro juicio, atenta contra una de las finalidades perseguidas con la tipificación de estos delitos. En este sentido, y para precisar esta postura, cito al Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca, don Felipe Caballero, quien señala:

“Así, históricamente, los delitos especiales y el problema del actuar en lugar de otro aparecen estrechamente ligados al

surgimiento del principio de legalidad y, en la actualidad, continúan insertos en dicho causa, con especial énfasis en las limitaciones que todo proceso de subsunción típica debe implicar. El fundamento general que se encuentra tras la incorporación al código de los delitos especiales no es otro que la finalidad político criminal de limitar el número de autores posibles. Obsérvese que perfectamente el legislador podría haber tipificado estas conductas utilizando una formula impersonal como *el qué o quién*, que es usualmente utilizada para determinar al autor de delitos comunes. Por lo tanto es dable concluir que en los delitos especiales existe una vocación legislativa limitadora, que el intérprete no puede ignorar.”⁵²

Haciendo una lectura de la Actas de este cuerpo legal, se aprecia que en el proyecto de ley se delimitaba abiertamente el sujeto activo, señalando que correspondía al deudor. Sin embargo, y por motivos que no figuran en el texto, ésta redacción no prosperó en el texto aprobado, lo que carece de motivación alguna, dado que no se aprecia ningún argumento de peso para este cambio. Del contexto de la norma y de su ubicación dentro del Código,

⁵² CABALLERO, F. 2008. Algunos problemas de autoría y participación en las denominadas insolvencias punibles. España. Revista Penal N° 21. Wolters Kluwer España, S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. 53p.

asilándonos en el artículo 22 del Código Civil, podemos inferir, sin temor a errar, que se trata necesariamente de un deudor.

Dejando atrás la salvedad analizada en párrafos anteriores, debemos deducir, a raíz de la mención que realiza el artículo sobre quien puede ser el destinatario de dicha resolución de liquidación, según lo establecido en la Ley 20.720, y en especial, del Procedimiento Concursal de Liquidación, recayendo exclusivamente en una Empresa Deudora, en los términos del Art. 2 N°13 de dicho cuerpo legal, situación que como señaló en los párrafos anteriores es, a nuestro juicio , a lo menos criticable, por carecer de una descripción clara del tipo penal). El Art. 465 bis finalmente viene a despejar aquella incógnita.

Respecto de la conducta típica propiamente tal, podemos decir que se trata de un tipo penal tendiente a la protección del patrimonio del mismo deudor pero obviamente que para beneficio de sus acreedores, ya sea sancionando conductas destinadas al aumento de su pasivo o a la disminución del activo del mismo, a través de cualquier acto o contrato, pudiendo concluirse de esta forma, que el bien jurídico protegido

corresponde al patrimonio del deudor, y su capacidad económica para responder por sus obligaciones.

Sin embargo, no hace referencia alguna a en qué consisten estos actos o contratos que señala dicho artículo. Si seguimos la lógica del legislador chileno, debemos necesariamente remitirnos a las normas sobre las obligaciones y contratos del Código Civil, que actúa como norma supletoria de todo el ordenamiento jurídico nacional. En este sentido, el artículo 1438 de dicho cuerpo legal señala, “*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*”. En definitiva, se refiere a contraer alguna obligación de carácter pecuniario. Pero ésta obligación contraída requiere de otro elemento adicional, siendo éste que debe tener por finalidad perjudicar a los acreedores del deudor, al carecer de una justificación económica o jurídica, apuntado directamente al hecho de que la obligación contraída siempre debe traer aparejada una contraprestación equivalente al bien o servicio entregado. No incursionaremos en –para estos propósitos—vidioso asunto de los contratos gratuitos que prevé el Art. 1440 del Código Civil, ya que estimamos que la calificación del perjuicio y su intencionalidad frente a un

contrato de esa índole, es un asunto que habrá de resolverse casuísticamente en estrados.

En este sentido, es parte del acontecer mercantil transar bienes y servicios para obtener un beneficio económico, por lo que, tal y como se señala en el Informe de la Comisión de Constitución, en palabras del señor Hernández, “En efecto, aumentar el pasivo o disminuir el activo no es algo *per se* reprochable y se trata de conductas vinculadas a la actividad económica que se desarrolla.”⁵³. Es decir, que si sale un bien del patrimonio del deudor, éste debe ser remplazado por otro, o por un valor equivalente para no ir en desmedro de los acreedores, hallándonos en presencia de una subrogación de bienes o subrogación real. En este sentido, los profesores Contador y Palacios señalan que, “si la empresa deudora retira de su activo patrimonial un determinado bien y ningún valor u otro bien reingresa a este activo por vía de subrogación, tiene un problema; del mismo modo, si el valor de venta del bien que salió del patrimonio del deudor es irrisorio en su monto, o bien, este activo se enajenó en términos supuestos, objetivamente, nos encontramos con un detrimento del activo patrimonial, que causa

⁵³ Historia de la Ley N° 20.720. 2014. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4343/>> [consulta: 30 mayo 2016] 2257p.

perjuicio a los acreedores, habilitando con ello el ejercicio de las acciones penales, salvo que el deudor justifique que económica o jurídicamente no ha existido tal perjuicio.”⁵⁴.

Este hecho del perjuicio a los acreedores, fue objeto de discusión al momento de redactar la ley. Según consta en las actas de la ley, el profesor don Luis Ortiz Quiroga, en su informe entregado a las Comisiones Unidas, realiza la observación de que la expresión «*perjuicio de*», “puede conducir a polémicas respecto de la correcta interpretación del precepto y que podría llevar, incluso en alguna de sus variantes, a sostener que estamos frente a tipos en que el perjuicio no sería un elemento del tipo sino una condición objetiva de punibilidad.”, para continuar diciendo que, “Si lo que se quiere señalar a través de ella es la necesidad objetiva de que el perjuicio concurra efectiva y realmente para que el delito se consume, su incorporación resulta pleonástica y supernumeraria, puesto que la conducta típica prevista en cada caso de manera necesaria lleva a la conclusión de la exigencia del perjuicio para los acreedores.”⁵⁵. De esta forma, concluimos que es un elemento del tipo penal establecido en el art. 463 del Código Penal que la conducta se

⁵⁴ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit. 326p.

⁵⁵ Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 555p.

haga para desfavorecer a los acreedores del deudor. Así también lo afirman Contador y Palacios, “El resultado exigido por el tipo, es que estos actos o contratos celebrados por el deudor provoquen una disminución real de sus activos o aumento de sus pasivos.”⁵⁶

De esto último se desprende también que estamos en presencia de un delito de mera actividad. En palabras de Contador y Palacios, “se puede sostener que la conducta del artículo 463 del Código Penal es un ilícito de mera actividad, atendido que la acción típica de la celebración del acto o contrato, es a su vez acción y resultado del tipo penal.”⁵⁷ En esta misma línea, los profesores Bustos y Hormazabal señalan el concepto de delitos de mera actividad, y ejemplos para clarificar su contenido, de la siguiente forma, “«delitos de mera actividad» quedarían comprendidos todos aquellos delitos en que la conducta típica se agota con su realización, sin que la estructura típica exija un resultado externo separable de la acción. Constituyen ejemplos de esta clase de delitos, el de allanamiento de morada en que basta la entrada o permanencia del sujeto contra la voluntad del morador, y el de injurias, en que aparece suficiente con la expresión o

⁵⁶ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit. 328p

⁵⁷ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit. 331p.

acción lesiva para la dignidad de otra persona.”⁵⁸ En la doctrina nacional, don Mario Garrido Montt, en referencia a los delitos de mera actividad, nos dice que en estos, “el tipo se satisface con la realización de la acción descrita, caso de la injuria en el art. 416, donde es suficiente proferir la expresión o ejecutar la acción ofensiva.”⁵⁹

Por nuestra parte, sostenemos que el delito de giro doloso de cheques cumple también con aquella virtud: así se deduce del Art. 22 inciso segundo de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, contenida en el D.F.L. 707 de 1982, del Ministerio de Justicia.

Continuando, y en relación al aspecto temporal del artículo, el plazo establecido de dos años dentro de los cuales, se sanciona al deudor por realizar estos actos de disposición injustificada de bienes, parte de un momento conocido y ciertamente determinado, el que debe ser anterior a la dictación “Resolución de Liquidación”, en los términos del Art. 129 de la Ley 20.720, vale decir, una vez que el Tribunal acoge la Liquidación Voluntaria, o, una vez que se han rechazado las oposiciones presentadas por

⁵⁸ BUSTOS, J y HORMAZABAL, H. 1999. Lecciones de Derecho Penal. Volumen II.. Madrid, Editorial Trotta. 79p.

⁵⁹ GARRIDO, M. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1ra Edición. 55p.

el deudor, por medio de la sentencia definitiva del juicio de oposición, en el marco de un Procedimiento Concursal de Liquidación. En este sentido, se trata de conductas realizadas en un periodo anterior a la situación concursal

En lo que respecta al elemento culpabilidad, la norma es clara en señalar que los actos o contratos celebrados por el deudor deben ser ejecutados en perjuicio de sus acreedores. En este sentido, es correcto afirmar que el tipo establecido requiere que el sujeto activo actúe con la intención y el conocimiento de provocar este daño en su patrimonio en perjuicio de sus acreedores, siendo éste, un punto asentado y que no da lugar disputa alguna. La discusión se produce al momento de analizar la posibilidad de que el actuar del deudor corresponda al dolo eventual. El dolo eventual es un elemento cuyo concepto es foco de polémicas dada sus características, que lo ponen en un punto intermedio entre el dolo directo, y la culpa con representación. Para Bustos y Hormazabal, consiste en que, “El *dolo eventual*, en principio, sería aquel en que la realización perseguida lleva consigo un hecho típico probable con el cual el autor *cuenta* dentro de la realización llevada a cabo.”⁶⁰. A su vez, don Mario Garrido Montt, nos

⁶⁰ BUSTOS, J y HORMAZABAL, H. 1999. Lecciones de Derecho Penal. Volumen II.. Madrid, Editorial Trotta. 70p.

indica que, “en el dolo eventual el sujeto se representa como una simple probabilidad —no como algo cierto— la ocurrencia del efecto típico ante el cual queda indiferente.”⁶¹ .

Ante la dificultad de determinar las características que definen a ambos tipos de dolo, don Alfredo Etcheberry señala,

“Lo decisivo, insistimos en ello, para distinguir el dolo **directo** del eventual, es la posición **ánimica** del sujeto respecto del resultado más o menos posible: si ese resultado **es buscado**, habrá dolo **directo**, aunque en el pensamiento del agente la posibilidad de que acaezca sea remotísima. Este dolo, según se verá, es el que permite sancionar a título de tentativa o frustración aquellos casos en que el resultado no llegó efectivamente a producirse, pero era buscado por el agente a través de su obrar. En cambio, si el resultado ha sido solamente aceptado, aunque se lo haya previsto

⁶¹ GARRIDO, M. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1ra Edición.301p.

como de ocurrencia prácticamente segura, no hay dolo directo, sino **eventual.**”⁶².

Igualmente, dentro de la doctrina nacional, Bullemore y Mackinnon establecen que,

“la diferencia radical entre el dolo directo y el eventual se encuentra en que en el primero la verificación del tipo objetivo es la meta de la voluntad del sujeto y su conducta es el medio escogido para tal verificación, en tanto que en el dolo eventual la verificación del tipo penal es una consecuencia previsible de la propia conducta del agente, pero que no es perseguida ex profeso por el agente, de tal modo que su conducta no es un medio escogido para arribar a tal verificación, sino el medio para alcanzar otros fines, siendo la verificación del tipo objetivo solo una consecuencia colateral previsible y ante la cual el sujeto activo manifiesta indiferencia para el caso de producirse.”⁶³

⁶² ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 3° Edición. 29p

⁶³ BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. 2004. Fin y función del derecho penal y de la pena: las teorías de la pena”. Anales Facultad de Derecho Universidad de Chile. 5-6p.

En contraposición con la postura sostenida en este trabajo, cabe destacar que existe una parte de la doctrina nacional que sí se acepta la posibilidad de cometer este ilícito en la hipótesis de dolo eventual. “No es posible descartar la comisión del tipo penal del artículo 463 con dolo eventual, debido a quien califique como Empresa Deudora o actúe por ésta, puede representarse la celebración de esos actos jurídicos como perjudiciales para los acreedores y aun así actuar. Para determinar la posibilidad del dolo eventual deberá utilizarse la segunda fórmula de **Reinhard Frank**: *Si dijo el hecho: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso actúo, entonces su culpabilidad es dolosa.*”⁶⁴. En esta misma línea, el mismo Profesor Nelson Contador señala para justificar su posición, como consta en la Historia de la Ley, en el Segundo Informe Comisiones Unidas del Parlamento, que, “debe tenerse en vista que en el proceso concursal se califican conductas acaecidas hasta dos años antes de la resolución judicial respectiva, que provocaron una disminución importante del activo, a lo que cabe agregar que hay un marco amplio para intentar acciones civiles revocatorias.”⁶⁵, por lo que, a su juicio, dado el margen temporal que establece la ley, es dentro de este periodo en que el actuar del deudor podría

⁶⁴ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit. 329-330p

⁶⁵ Historia de la ley N° 20.720. op. Cit. 913p.

no tener un carácter deliberado, sino que más bien, sólo podría representarse la posibilidad de que ocurra este hecho dañoso, y aceptarlo para que, con el trascurso del tiempo, se realice.

Sin embargo, y como ya se dejó ver en la parte general de éste capítulo, discrepamos de ésta opinión, puesto que, es un elemento base, no sólo del tipo penal en estudio, sino que en general en las insolvencias punibles, la ejecución de estos actos con el ánimo de perjudicar a sus acreedores, situación que no se ve satisfecha de manera alguna con la mera representación de ésta circunstancia, sino que requiere necesariamente de los elementos constitutivos del dolo, vale decir, elemento volitivo y elemento cognoscitivo. A mayor abundamiento, y reforzando esta postura, como consta en el informe emitido por el académico don Luis Ortiz, que consta en su ya citado informe, “en este tipo siempre es necesario el dolo directo, porque, no resulta compatible la mera representación para aquellos delitos que son de peligro (como, por ejemplo, el sujeto que no lleva libros de contabilidad).”⁶⁶

⁶⁶ Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 912p.

2- Artículo 463 bis.

El Art. 463 bis del Código Penal chileno, tipifica las siguientes conductas a este tenor:

Art. 463 bis.- Será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, el deudor que realizare alguna de las siguientes conductas:

1- *Si dentro de los dos años anteriores a la resolución de reorganización o liquidación, ocultare total o parcialmente sus bienes o sus haberes.*

2- *Si después de la resolución de liquidación percibiera y aplicare a sus propios usos o de terceros, bienes que deban ser objeto del procedimiento concursal de liquidación.*

3- *Si después de la resolución de liquidación, realizare actos de disposición de bienes de su patrimonio, reales o simulados, o si constituyere prenda, hipoteca y otro gravamen sobre los mismos.*

Como aspecto preliminar, nos damos cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con el precepto anterior, (y en un claro ejemplo de mejora en la técnica legislativa), en este precepto efectivamente se ha señalado de forma expresa, la calidad del autor de estos delitos, “el deudor”. Además, las conductas descritas se enmarcan dentro de los procedimientos de Reorganización y de Liquidación, por lo que, siguiendo las disposiciones generales, el sujeto “deudor” se corresponde sólo con el concepto de “Empresa deudora” (art. 2 N° 13), siendo estas instituciones las únicas que pueden someterse a los procedimientos concursales antes mencionados. Lo anterior se halla conformado por la sola por aplicación del antes citado artículo 465 bis, se trata concretamente de la “Empresa deudora”

Es apreciable también de la mera lectura del precepto, que, en lo que respecta a la culpabilidad del autor, sólo puede concebirse la comisión con dolo directo, situación que se ha sostenido desde el principio de este trabajo. Pese a que no utiliza locuciones como “maliciosamente”, u otras similares, se entiende que, en las tres figuras enunciadas, sólo es posible su realización con el conocimiento y la intención de causar daño, rechazando de plano cualquier discusión que se pueda sostener sobre la idea de buscar hipótesis de dolo eventual, como se vio al analizar el precepto anterior.

Continuando en términos generales, a la vista del tipo penal citado, es posible apreciar las diversas conductas establecidas en él. Diversidad que dice relación también con el aspecto temporal en la comisión de las mismas. Es por esto que, con el fin de realizar un análisis coherente de cada una de las figuras, es que se fragmentará su estudio, empezando por la conducta establecida en el N°1 del artículo, por ser anterior al inicio de un procedimiento concursal, para posteriormente, tratar los otros dos numerales siguientes de dicho artículo.

El numeral 1 del Artículo 463 bis del Código Penal establece un claro verbo rector de la conducta normada, “*ocultar total o parcialmente bienes o haberes*”, pero no en cualquier momento, sino que, como se señaló anteriormente, esta conducta de ocultación debe necesariamente llevarse a cabo por parte del agente en el periodo que corresponde a los dos años inmediatamente anteriores a la dictación de la resolución de liquidación (art. 129 de la Ley 20.720); o, dentro de los dos años anteriores a dictación la resolución de reorganización (art. 57 de la misma ley), dependiendo del procedimiento en el cual se vea involucrada la Empresa Deudora, quien es el sujeto activo de las conductas. Vale decir, que el sujeto activo de estas conductas tipificadas será el Deudor que es sometido a los Procedimientos

Concursales de Liquidación y Reorganización, pero respecto de conductas realizadas con anterioridad al inicio de dichos procesos. En efecto, con este precepto lo que el legislador busca es la protección efectiva del propio patrimonio del deudor, para que los procedimientos concursales se verifiquen de forma correcta, y con ello se lleve a cabo una eficaz realización de los bienes del deudor, para de este modo, salvaguardar los intereses de los acreedores a que se cumplan sus expectativas de pago. De esta forma, “Los actos de ocultación total o parcial de los bienes del deudor afectan el ejercicio de estos derechos de garantía, porque tales conductas provocan definitivamente un deterioro en el patrimonio del deudor.”⁶⁷, pero este deterioro se ve en retrospectiva, puesto que es necesario revisar los actos realizados por el deudor en el lapso que establece la norma. En suma, y a modo de aclaración, “los actos de ocultación, sean totales o parciales, de los bienes, deben realizarse en forma previa a la resolución de reorganización o liquidación; es decir, mientras estos bienes se encuentren bajo su control o administración. Por haberes se entiende todo tipo derechos, como los créditos o inversiones.”⁶⁸

⁶⁷ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit. 332p

⁶⁸ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit. 334p

Este primer numeral del artículo 463 bis corresponde a un delito de mera actividad, toda vez que basta con la ejecución de esta acción de ocultación para que se verifique la realización del tipo penal, con independencia de si es total o parcial, confundiendo así acción y resultado. En esta misma línea argumental, no se concibe hipótesis de frustrado o tentado, puesto que siempre se consumará mientras realice la acción. Además, y siguiendo la misma línea, sólo se concibe su comisión con dolo directo.

En este punto, me avocaré al estudio de los numerales 2 y 3 del artículo 463 bis. El punto distintivo en relación al numeral 1 es, como se dijo anteriormente, el marco temporal. Estas dos conductas que se señalan, percibir y aplicar bienes, así como realizar actos de disposición, deben ser realizados con posterioridad a la resolución de liquidación (por lo que sólo se pueden cometer por un deudor que se encuentra sometido actualmente a un Procedimiento Concursal de Liquidación), por lo que, algunos autores los han denominado una etapa “postconcursal” (en oposición al numeral anterior, que era “preconcursal”). En estos casos, lo que el legislador pretende es, igualmente, resguardar el patrimonio del deudor, el cual está siendo objeto de un procedimiento concursal, para de este modo, hacer pago

a sus acreedores, por lo que se hace menester mantener íntegra la masa de bienes del deudor.

La importancia de este último hecho es que, precisamente, uno de los efectos de la resolución de liquidación, el “desasimiento”, recae precisamente respecto de la administración de sus bienes. El párrafo 4 del Capítulo 3 de la Ley 20.720, denominado “De los efectos de la Resolución de Liquidación”, señala, en su artículo 130, Administración de bienes, entre otros, que: *“Desde la dictación de la Resolución de Liquidación se producirán los siguientes efectos en relación al Deudor y a sus bienes:*

1- Quedará inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, esto es, aquellos sujetos al Procedimiento Concursal de Liquidación y existentes en su patrimonio a la época de la dictación de esta resolución, excluidos aquellos que la ley declare inembargables. Su administración pasará de pleno derecho al Liquidador.

En consecuencia, serán nulos los actos y contratos posteriores que el Deudor ejecute o celebre en relación a estos bienes.

2- *No perderá el dominio sobre sus bienes, sino sólo la facultad de disposición sobre ellos y sobre sus frutos.*

De esta forma, entendemos que, desde la dictación de la resolución antes citada, el deudor pierde las facultades necesarias para realizar las conductas que señala el Art. 463 bis, las que por sí mismas no son ilícitas, pero que al verse inmerso en un Procedimiento Concursal de Liquidación, y ya encontrándose dictada la Resolución de Liquidación, el legislador ha decidido sancionarlas, para que de este modo, se proteja la masa de bienes que serán materia de dicho procedimiento concursal para hacer pago a los acreedores del deudor.

Cabe destacar que en este sentido, lo prescrito por el artículo 130 de la Ley 20.720, refuerza para estos efectos, el denominado “Derecho de Prenda General de los Acreedores”, consagrado en el Art. 2465 del Código Civil chileno, declarando expresamente la nulidad de los actos o contratos que realizare el deudor con posterioridad a la dictación de la resolución, dado que, como se dijo anteriormente, si bien, no pierde en caso alguno el dominio de sus bienes, si efectivamente el legislador limita drásticamente su facultad de administración y de disposición sobre los mismos, siendo

entregado un mandato de origen legal a la persona del Liquidador para que realice ésta función.

Yendo al particular, la conducta señalada en el N° 2 del Art. 463 bis, contiene dos verbos rectores particulares, “percibir” y “aplicar”. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, RAE, “percibir” significa, *recibir algo y encargarse de ello*; a su vez, “aplicar”, significa *destinar, adjudicar, asignar*. Los Profesores Contador y Palacios, señalan que, “se trata de incorporar a la esfera propia del dominio del deudor bienes que le corresponden a la masa; de esta incorporación sigue la aplicación de los beneficios o frutos que produzcan estos bienes, en su favor o de terceros.”⁶⁹ Sin embargo, el legislador ha querido ir un paso más allá de la simple incorporación de bienes al patrimonio del deudor, puesto que estos ya se encuentran en él, por lo tanto, agrega de igual forma los beneficios que se obtienen de estos.

Lo que se trata de explicar aquí es que el tipo penal no sólo haría referencia al bien propiamente tal, sino que también a los frutos que éste podría brindar, y que verían aumentada la masa que se encuentra en

⁶⁹ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit. 334p

liquidación. Así como serían por ejemplo, las rentas provenientes de un inmueble arrendado de propiedad del deudor. Es válido señalar, que para la norma, el beneficio de esta conducta no necesariamente va a ser para la misma persona del deudor, sino que, deja a salvo la posibilidad de que sean estos bienes percibidos o aplicados para favorecer a terceras personas ajenas a esta relación.

La importancia de este tipo penal radica en que la conducta se concreta con esta percepción o aplicación de bienes de la masa, puesto que ya se encuentra sometido a un procedimiento de liquidación, más allá de que sea por beneficio propio o de otras personas, pues de todas maneras causará un perjuicio a sus acreedores al encontrarse alterada la masa de bienes que son objeto del procedimiento.

Respecto del tercer numeral del artículo 463 bis, el tenor literal es claro; por una parte prohíbe los actos de disposición de bienes que realice el deudor, con posterioridad a la Resolución de Liquidación, sean estos actos reales o simulados, y por otro, la constitución de prenda, hipoteca u otro gravamen sobre los mismos bienes. El art. 582 del Código Civil, define dominio como aquel “derecho real, en una cosa corporal, para gozar y

disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.”, siendo para el caso, una de la excepciones que establece este precepto. Como bien se dijo anteriormente, con la dictación de la Resolución de Liquidación, el deudor no pierde el dominio de sus bienes, pero queda privado de una de las facultades del dominio, como es la facultad de disposición. Principalmente, se apunta a evitar la disminución del patrimonio del deudor, y con ello, la masa de bienes concursales. En este sentido, un acto de disposición de bienes no sólo puede significar, por ejemplo, su venta, caso en el cual, el precio pagado por este, se subroga dentro del patrimonio del titular; sino que, peor aún, puede implicar la destrucción del mismo, puesto que el dueño puede disponer de forma arbitraria de él. Por lo tanto, la conducta se concretará no sólo en los casos en que el deudor, pese a la prohibición, enajene bienes, sino que también se concreta en el caso en que los destruya.

Hecho diverso ocurre respecto de los actos y contratos citados en la segunda parte de éste numeral. De esta forma, “la conducta del deudor se concretará cuando se perfeccione la tradición o constitución jurídica de

estos derechos reales, conforme ordena la ley civil.”⁷⁰ Así entonces, para el caso en que el deudor constituya una prenda, la conducta se consumará cuando realice la entrega de la cosa prendada al acreedor, perfeccionando dicho contrato, como reza el Artículo 2386 del Código Civil; a su vez, en el caso en que realice la enajenación de un bien raíz, corresponderá cuando se realice la tradición de este tipo de bienes, esto es, la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, según la regla establecida en el Art. 686 del mismo cuerpo legal anteriormente señalado.

De lo anteriormente tratado se sigue que evidentemente, el deudor que realiza ambas acciones, (de los numerales 2 y 3), tiene la intención positiva de causar perjuicio a sus acreedores, por lo que nuevamente nos encontramos sólo con la hipótesis de comisión dolo directo. (Que es la lógica de los delitos concursales.) De igual forma, en ambas conductas el tipo se agota con su mera ejecución, por lo que tampoco cabe la posibilidad de que se pueda llegar a encontrar frustrado o tentado; y en lo relacionado con la autoría y participación en los mismos ilícitos, me remito a lo anteriormente dicho en la parte general de este acápite.

⁷⁰ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit. 335p

3- Artículo 463 ter.

El Código Penal chileno, en su nuevo articulado, incluido con la promulgación de la Ley 20.720, introduce en su art. 463 ter, el siguiente precepto, castigando con penas de presidio menor en su grado mínimo el deudor que incurra en las siguientes conductas:

1- Si durante el procedimiento concursal de reorganización o liquidación, proporcionare al veedor o liquidador, en su caso, o a sus acreedores, información o antecedentes falsos o incompletos, en términos que no reflejen la verdadera situación de su activo o pasivo.

2- Si no hubiese llevado o conservado los libros de contabilidad y sus respaldos exigidos por la ley que deben ser puestos a disposición del liquidador una vez dictada la resolución de liquidación, o si hubiese ocultado, inutilizado, destruido o falseado en términos que no reflejen la situación verdadera de su activo y pasivo.

Como cuestión preliminar, cabe destacar que en el proyecto de ley original, y como consta en las Actas de la Ley, este artículo se encontraba unido al su antecesor, el Art. 463 bis, estando ambos tipos penales agrupados en lo que se denominó en dicho proyecto, “Art. 463 B”, entonces, teniendo la totalidad de las conductas enumeradas la misma penalidad.

Nuevamente, el legislador concursal, para esta tipificación, señala abiertamente quien es el sujeto activo de ambas conductas, el deudor, pero al igual que en los casos anteriormente estudiados, corresponde a aquel deudor que está siendo sometido actualmente a un Procedimiento Concursal de Liquidación o uno de Reorganización, en el caso del primer numeral; o, en el segundo numeral, a aquel deudor que, con anterioridad a la resolución de liquidación, no llevó los libros de contabilidad o sus respaldos, requeridos por la ley, o los llevó de manera negligente. En ambos casos, y al referirse al deudor sometido a dichos procedimientos, sólo cabe la posibilidad de que el sujeto activo se trate de una Empresa Deudora, en los términos del Art. 2 N°13 de la Ley 20.720.

De la sola apreciación de la descripción de las conductas, podemos notar claramente el objeto de protección perseguido por el legislador con esta tipificación. Busca que, tanto la persona del Veedor, como el Liquidador, realicen su función en los diversos procedimientos para los que la ley concursal establece su labor, con la mayor y mejor de información sobre el estado financiero del patrimonio del deudor. En síntesis, se busca garantizar la veracidad y transparencia de la información patrimonial con la que cuentan, no solo el Liquidador o Veedor, sino que también, el acceso a la misma por parte de cualquiera de sus acreedores. De esta forma, y cito textual el Informe de la Comisión de Constitución, que consta en las actas de la Ley, al asesor parlamentario, señor Aldunate, quien sostiene que,

“el tipo establecido en el artículo 463 ter está vinculado al deber de veracidad que recae en el sujeto activo en el sentido de proporcionar información fidedigna al veedor o liquidador, en atención a la grave situación económica que lo aqueja, de modo que se justifica la sanción en el incumplimiento de dicho deber, que estaría consagrado en la ley. Precisó que el numeral 2° de esta norma guarda relación con la obligación de llevar libros de contabilidad, establecida en el Código Tributario y tiene

connotación en el ámbito de los delitos contra la hacienda pública. Indicó que ente caso, se justifica la punibilidad en la medida en que el ocultamiento o desidia en llevar dichos libros impide al veedor o liquidador contar con información contable para tomar determinadas decisiones, y se trata de un delito de infracción a un deber.”⁷¹

Dado que, como se puede apreciar, las conductas tipificadas difieren notablemente en su aspecto temporal, siendo una de ellas, la del numeral primero, cometida durante el procedimiento concursal que se está llevando a cabo (de Liquidación o Reorganización); mientras que, la conducta descrita en el numeral segundo, no sólo es previo al inicio de dichos procedimientos, sino que además, el legislador, de forma inexplicable, ni siquiera ha establecido un margen temporal para la comisión de estas conductas, es que, y como se ha hecho anteriormente en este trabajo, a modo de facilitar su estudio y entendimiento, analizaré de forma separada ambas conductas descritas, y sus aspectos particulares.

Para empezar, la conducta señalada por el numeral 1° del artículo en análisis posee un verbo rector bastante claro, “proporcionare”. El

⁷¹ Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 2273p.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua define el verbo individualizado de la siguiente forma: “*Poner a disposición de alguien lo que necesita o le conviene*”, por lo que entendemos que es un deber del deudor realizar esta aportación de la respectiva información al Veedor o Liquidador según corresponda, para que realicen la labor que la misma ley les ha encomendado en cada uno de los Procedimientos Concursales en los cuales tienen incidencia. De la lectura del precepto apreciamos dos elementos que el legislador se ha esmerado en igualar pero que, evidentemente, juegan un papel diverso en cuanto a la ilicitud de las mismas. Por una parte, tenemos la entrega que realiza el deudor de antecedentes incompletos, y por la vereda de enfrente, la aportación premeditada de antecedentes falsos. El Diputado Harboe señaló en su oportunidad que, “en el caso de la falsedad no solo hay infracción del deber del deudor de contar con toda la información fidedigna, sino también una deliberación manifiesta de alterar la información para efectos de ocultar algo, mientras que la circunstancia de que los antecedentes estén incompletos podría deberse a una mera negligencia o al desorden del deudor, razón por la cual la sanción debería ser distinta para uno y otro caso.”; para acto seguido, continuar diciendo que, “En efecto, no es lo

mismo que el veedor no encuentre cierta información porque falta, a que esta aparezca adulterada por el deudor.”⁷²

Es debido a esto que, al analizar el delito a luz de la culpabilidad, es pertinente revisar este predicamento. Por un lado, si el deudor aporta antecedentes falsos con el fin de no reflejar su real situación económica, es evidente que nos encontramos ante una hipótesis de un actuar directamente doloso, puesto que el sujeto activo de la conducta, de forma deliberada, y conociendo todas las implicancias de su actuación, la realiza con una finalidad determinada. En este sentido, los profesores Contador y Palacios señalan que:

“En relación a la conducta contenida en el N°1 de esta norma (art. 463 ter), podemos señalar que estamos frente a un delito de falsedad, que indistintamente puede ser material (Se verifica sobre la base de una intervención física o material en el instrumento donde se consigna una información, ya sea creando un documento falso o alterando total o parcialmente uno verdadero) o ideológica (es aquella falsedad que se presenta en un instrumento formalmente

⁷² Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 2273p.

verdadero en sus condiciones esenciales pero contiene declaraciones que no se ajustan a la realidad y que se afirman como verdaderas) en donde lo que se sanciona es la entrega por parte del deudor de antecedentes falsos o incompletos que no reflejen la verdadera situación del activo o pasivo del deudor.”⁷³

Para dejar más en claro en qué consiste este asunto de la falsedad documental, creo pertinente estudiar la similar situación apreciable en el Derecho penal hispano, con la tipificación de la presentación de datos falsos al procedimiento concursal en el Art. 261 del Código Penal Español. El asunto, en síntesis, se reduce a esto:

“De esta forma cabe apuntar que la función del art. 261 CP no consiste en sancionar el uso de documentos mercantiles falsos ya castigado con carácter general en el art. 393 CP, ni el uso de documentos privados falsos castigado en art. 396 CP, sino en castigar la presentación en el procedimiento concursal de documentos mercantiles a sabiendas de la falsedad de los datos en ellos incluidos, cuando la falsedad ideológica consiste en faltar a la

⁷³ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit.. 338p

verdad en la narración de los hechos ha quedado destipificada con carácter general. El legislador considera que en el marco del procedimiento concursal la veracidad de los datos contables incluidos en los documentos presentados merece una especial protección al tener estos documentos como función legalmente encomendada el dar a conocer al Juez y a los demás órganos de la quiebra socios y a terceros (incluyendo a los acreedores) la verdadera situación contable del deudor, cuyo conocimiento es necesario para tomar las decisiones propias de este procedimiento (acordar una quita y/o una espera, proceder a la liquidación, etc.). Por tanto, el art. 261 CP pretende fundadamente sancionar la confección y uso de documento inveraz. Se trata, de esta forma, de un delito de falsedad que presenta la característica de consumarse en el momento de la presentación con el fin de lograr indebidamente la declaración de concurso.”⁷⁴

Habiendo aclarado el punto anterior, se hace necesario precisar lo que sucede respecto de la entrega de antecedentes incompletos. Evidentemente, es posible señalar que esta falta en la entrega de información completa

⁷⁴ FARALDO, P. op. Cit., 320p

puede resultar de un actuar, sin dudas, abiertamente intencionado por parte del deudor, para lograr el fin que se ha indicado. De este modo, en ésta hipótesis, también estaríamos ante un actuar directamente doloso. Pero, y dada la redacción del precepto legal, podría válidamente surgir la pregunta sobre la hipótesis en que el deudor realice esta entrega fragmentada de información sobre su estado patrimonial debido a una negligencia. Vale decir, ¿cabe la posibilidad de aceptar la hipótesis de un delito culposo en este precepto? El Profesor Garrido nos señala: “El contenido del injusto en el delito culposo está en la disconformidad del cuidado esperado por el ordenamiento jurídico en relación a la ejecución de una actividad peligrosa y el realmente empleado al llevarlo a cabo. La substancia del hecho culposo es no emplear el cuidado debido en el cumplimiento del deber o en la realización de una acción creadora de riesgos.”⁷⁵

A este respecto, estimamos que no sería posible atribuir responsabilidad a título de culpa a aquel deudor que de modo negligente realizara esta aportación incompleta de antecedentes, como indica el tipo penal en cuestión. Como se ha dicho anteriormente, se hace necesario, para poder

⁷⁵ GARRIDO, M. 2003. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 3ra Edición. 161p.

realizar una imputación al deudor, que este haya realizado la acción con el ánimo y el conocimiento de causar el daño previsto con su conducta. Para aclarar más el punto, cito al profesor Esteban Puga, quien señala, a raíz de los antiguos delitos de quiebra culpable, que, “la historia y la sistemática jurídica de estas figuras nos inclinan a pensar que antes de que culposas son figuras dolosas, aunque constitutivas de lo que vulgarmente se denomina negligencia. Son, paradójicamente, delitos dolosos constitutivos de imprudencia o negligencia. Con ello queremos indicar que en su comisión a título culposo no son punibles. Se requiere que el agente obre con conocimiento y voluntad de realizar la conducta típica.”⁷⁶ Además, cabe destacar que es del espíritu del legislador concursal chileno, no tipificar esta situación culposa, puesto que no se observa ningún precepto semejante en la antigua legislación, a título de quiebra culpable.

Continuando con el análisis, me haré cargo del segundo numeral del artículo 463 ter de nuestro Código Penal, del que ya se hizo mención anteriormente.

⁷⁶ PUGA VIAL, J. 1994. Derecho Concursal. Delitos de la quiebra. 1ra Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 112-113p.

Como es conocido, la obligación de llevar la contabilidad tiene un origen legal. Más específicamente, ésta surge del Art. 97 del Código Tributario, en el cual se establecen las sanciones que se impondrán en una larga serie de casos. A primeras luces, podríamos señalar que se trataría de una vulneración del principio base del derecho penal como es el *Non bis in idem*, al estar sancionando dos veces la misma conducta. Esta discusión tuvo lugar también al momento de legislar, y es que consta ya en el Segundo Informe de las Comisiones Unidas del Congreso que fue un tema que produjo controversias entre los parlamentarios. Cito las Actas de la Ley a este respecto:

“El Honorable Senador señor Tuma manifestó que, en principio, parece muy drástico sancionar penalmente a un deudor por el mero hecho de no llevar sus libros de contabilidad, sobre todo teniendo en consideración que esta conducta ya está penalizada en sede tributaria.

El Presidente de las Comisiones Unidas, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, observó que la persecución penal por esta causa sería distinta e independiente de la que procede por la vía

administrativa tributaria e implica procedimientos y supuestos diferentes. En consecuencia, dijo, son estatutos que pueden coexistir. Añadió que, con todo, la tipificación en este caso implica una conducta omisiva, por lo que es importante que en esta materia haya precisión.

El profesor señor Zaliasnik expresó que no llevar libros es una conducta que pone en peligro efectivo bienes jurídicos valiosos; por lo tanto, es procedente sancionar por esta razón. Añadió que llevar los libros pertinentes es una obligación básica de todo comerciante.”⁷⁷

En palabras del Profesor Bustos, el principio de *Non bis in idem*, “establece que un hecho o circunstancia que ha sido sancionado o bien ha servido de base para una agravación de la pena no puede ser utilizado para una nueva sanción o agravación.”⁷⁸ Por lo que, para tratar este tema, será necesario hablar del aspecto temporal de la conducta. En este sentido es necesario recalcar que esta es una norma que se mantuvo del sistema de

⁷⁷ Historia de la Ley N° 20.720.op. Cit. 915 -916p.

⁷⁸ BUSTOS, J y HORMAZABAL, H. 1999. Lecciones de Derecho Penal. Volumen II. Madrid, Editorial Trotta. 67p.

quiebras antiguo, y que, en su anterior texto rezaba de la siguiente forma, a propósito de las presunciones de quiebra culpable:

“Art. 219.- La quiebra se presume culpable en los siguientes casos:

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.”

Como se puede apreciar, en ambos casos, la norma se encuentra desvinculada del fenómeno de la insolvencia, dado que, a diferencia de lo que ocurre con el numeral anterior del Art. 463 ter, el legislador no ha establecido abiertamente que el hecho de no haber llevado o conservado el material contable, o su ocultación, inutilización, destrucción o falsedad, esté vinculado con alguno de los procedimientos concursales que establece la Ley 20.720, ni menos establece un tiempo determinado en la realización de estas conductas, porque no indica ningún momento de referencia. Pese que, se discutió (y consta en el Informe de la Comisión de Constitución), la

posibilidad de agregar a este precepto la frase “*sometido a un procedimiento concursal de liquidación*”, finalmente se optó por no hacerlo. En este sentido, y como opinión personal, la inclusión aquel enunciado hubiera dado, sin lugar a dudas, mayor claridad respecto de la diferencia entre la sanción tributaria y la sanción penal. En el informe anteriormente nombrado, el señor Aldunate, asesor parlamentario, señala que, “la conducta descrita en el numeral 2° podría tener alguna similitud con aquella que sanciona el Código Tributario, que dice relación con la declaración incompleta o errónea, la omisión de balances o documentos anexos a la declaración o la presentación incompleta de estos. Sin embargo, la condición objetiva que se exige, en orden a hallarse sometido a un procedimiento concursal, justificaría la aplicación de este tipo penal, de modo que en cualquier ámbito, se aplicaría el Código Tributario.”⁷⁹ Pese a esto, no fue incluida esta aclaración en el proyecto de ley final que fue aprobado. A modo de interpretación personal, basándome en la opinión del señor Aldunate, y dando una lectura sistemática de los preceptos penales que integró la Ley 20.720 al Código Penal, el legislador habría salvado la falta de claridad en este asunto al ubicar éstos en el Título IX del Libro

⁷⁹ Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 2275p.

Segundo, en su párrafo 7° denominado “De los delitos concursales y de las defraudaciones”, adscribiéndolos a cualquiera de los tres procedimientos concursales, al no distinguir de manera alguna entre ellos, y sin tampoco distinguir entre “Empresa Deudora” y “Persona Deudora”. Estos detalles, y como se ha mencionado anteriormente en este análisis, nos parece una falta legislativa insalvable. Otro punto a considerar es que, al tratarse de los delitos incluidos en el párrafo del Código Penal antes señalado, corresponden a la competencia del juez criminal del domicilio del deudor, y no a aquel que resuelva asuntos de índole tributaria, en conformidad a las reglas establecidas en el artículo 465 del Código Penal, precepto que se analizará más adelante en este trabajo.

En conjunto con el aspecto tratado anteriormente, cabe destacar que la única limitación temporal que se establecería a la realización de las conductas establecidas en el Art. 463 ter n°2, correspondería al plazo de prescripción. En este sentido, y como aclaración respecto a este tema, nos debemos remitir a los principios generales en materia delictual. Dada la cuantía de la pena asignada en el tipo, esto es, presidio menor en su grado mínimo a medio, entendemos que se trata de una conducta sancionada con una pena de simple delito, por lo que, y bajo una interpretación del Art. 94

del Código punitivo nacional, entendemos que se regularían hechos cometidos hasta 5 años hacia atrás, quedando los anteriores prescritos.

Para aclarar el punto, y pese a que el legislador no hace una referencia expresa, como se ha mencionado anteriormente, se hace pertinente destacar, que en este precepto existe de una condición objetiva para la aplicación del tipo penal en cuestión, que es la existencia de un procedimiento concursal. Ya en la parte general de esta obra abordé este tema, sin embargo, y debido a que el tipo penal lo evidencia, se hace necesario volver a ahondar en el particular sobre la condición objetiva de punibilidad que existe en la tipificación de los delitos concursales. En este sentido, el Profesor Juan Bustos señala que, “son circunstancias objetivas las que, por razones de estricta utilidad en relación al bien jurídico protegido, condicionan la imposición de la pena o la extensión de la misma”⁸⁰ Para aclarar más el punto, cito a don Gustavo Labatut, quien define estos elementos de la siguiente forma,

“De acuerdo con la doctrina más comúnmente aceptada, se designan con el nombre de condiciones de punibilidad ciertos

⁸⁰ BUSTOS, J. 2004. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Lima. Ara Editores. 1019p.

excepcionales requisitos de hecho, extrínsecos al delito e independientes de sus elementos constitutivos, que la ley exige en determinados casos para la imposición de la pena. Son eventos futuros e inciertos, sin cuya concurrencia el delito existe ontológicamente, pero no puede castigarse; suponen un hecho punible completo en sus elementos y son independientes de la voluntad del sujeto.”⁸¹

Se hace presente que ya en el debate parlamentario suscitado con ocasión de la Ley 20.720, este asunto fue discutido, siendo el asesor parlamentario, señor Aldunate, quien planteó que “la condición objetiva del tipo es que haya un procedimiento concursal, a partir de lo cual se puede exigir al deudor que proporcione toda la información que permite reflejar la situación verdadera del activo y el pasivo, y que en ese marco, entregue los libros de contabilidad, de modo que se justifica la acción punitiva tanto si no los proporciona como si deliberadamente selecciona lo que va a entregar. Estimó que para efectos de la tipificación es irrelevante que lleve o no lleve libros de contabilidad, conducta que se relaciona más bien con una

⁸¹ LABATUT, G. 1992. Derecho Penal. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 9° Edición. 89p

obligación tributaria.”⁸², por lo tanto, y a modo de conclusión, mientras no exista un procedimiento concursal, no interesa para efectos de abrir un procedimiento criminal por delitos concursales, si el deudor lleva o no libros de contabilidad, o si oculta o destruye los mismos, pese a que el tipo penal no se refiera a este hecho.

4- Artículo 463 quáter.

En su nuevo articulado, el Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Punitivo nacional, en su artículo 463 quáter, incluye una norma que, la el antiguo Libro IV del Código de Comercio, incluía en su artículo 232, y se refiere a la responsabilidad de las personas encargadas de la administración de los negocios del insolvente. Sin embargo, el art. 232 de la Ley de Quiebras, se sancionaba a los gerentes, directores y administradores de personas jurídicas cuyo giro correspondía únicamente, los establecidos en el Art. 41 de dicha ley, vale decir, los denominados deudores calificados, siendo éstos aquellos que se dedican a las actividades comercial, industrial,

⁸² Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 2274p.

minera o agrícola, situación que se encuentra modificada al día de hoy, puesto que, la ley 20.720, no realiza esta diferenciación respecto de la actividad que realizan las Empresas Deudoras.

En estos términos, el actual Art. 463 quáter señala:

“Será castigado como autor de los delitos contemplados en los artículos 463, 463 bis y 463 ter quien, en la dirección o administración de los negocios del deudor, sometido a un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación, hubiese ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones allí señalados, o hubiese autorizado expresamente dichos actos u omisiones.”

Con este precepto, el legislador ha buscado atribuir la misma responsabilidad penal que les adjudica a las Empresas Deudoras que incurran en las conductas de los artículos mencionados, pero esta vez, a aquellas personas naturales que ostentan cargos de índole administrativa dentro de las mismas, y que son quienes, finalmente, toman las decisiones en dichas entidades y llevan la dirección de los negocios del deudor al cual apuntan estas conductas tipificadas

Es necesario precisar que, y como se señaló en los párrafos anteriores, éste precepto mantenía la norma del antiguo art. 232 de la ley 18.175, la cual, y como consta en la Historia de la ley 20.720, con algunas modificaciones, rezaba de la siguiente forma en el proyecto de ley original:

“Artículo 463 C.- Los gerentes, directores, administradores de hecho o de derecho, factores o representantes del deudor respecto del cual se hubiere iniciado un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación, serán castigados como autores de los delitos contemplados en los artículos 463, 463 A y 463 B anteriores, si en la dirección de los negocios del deudor y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado en perjuicio de sus acreedores, alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones allí señaladas, o hayan inducido o forzado a otro a hacerlo, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones.”

A primera vista ya observamos que éste precepto primitivo era mucho más amplio que aquel que finalmente se promulgó, pues no se incorporó expresamente a los administradores de hecho de los negocios del deudor, siendo estos quienes, “adquieren tal calidad después de la disolución de un

ente societario o cuando se ha declarado la nulidad del pacto social con motivo de haber incurrido en faltas formales al momento de la constitución de la sociedad”⁸³, elemento que consistía en una útil novedad, puesto que resolvía aquella problemática suscitada en los casos en que se hace pertinente imputar responsabilidad por las conductas descritas en los artículos anteriores de éste párrafo 7 a quienes, en la práctica, administran la Empresa Deudora sin ostentar dichas atribuciones de la forma legalmente establecida, o para los casos en que el deudor corresponda a una sociedad no formal, por carecer de alguno de los requisitos establecidos en la ley para su conformación. En el derecho español, este elemento queda salvaguardado con el art. 31 del Código Penal español, en donde se establece la responsabilidad personal del administrado de hecho, que actúa en nombre de una persona jurídica sin estar legalmente autorizado para hacerlo, o que, debido a diversas circunstancias, no se encuentra legalmente autorizado para hacerlo. Pero, se establecen ciertos requisitos que debe cumplir este administrador de hecho para atribuirle responsabilidad. “Así entonces resulta necesario que el *administrador de hecho* asuma fáctica y efectivamente funciones de administrador y, a su vez, éstas sean toleradas –

⁸³ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit. 351p

expresa o tácitamente – por el órgano competente de la persona jurídica. Además debe disponer de las facultades y poderes propiamente exigidos por el tipo penal de que se trate (P.ej: en el alzamiento de bienes específicamente debe poseer la capacidad de disposición y enajenación de los bienes sociales).”⁸⁴

Sin embargo, la inclusión de este elemento no prosperó en la discusión legislativa, y, recogiendo de esta forma la opinión del profesor Hernández, que consta en el Informe de la Comisión de Constitución del Senado, ante la disyuntiva de si se busca equiparar a estos sujetos al deudor en cuestión, ó, si en realidad lo perseguido por la norma corresponde equiparar a la figura del deudor con la persona que en los hechos dirija sus negocios, señalando que:

“Si es lo primero, y en el evento de que por “administrador de hecho” se entienda, como lo hace un sector de la doctrina española, aquél que tiene poder con un defecto formal, sería conveniente una fórmula genérica que aluda a la representación del deudor, como por ejemplo, “quienes actúen en nombre del deudor”. Si es lo segundo,

⁸⁴ CABALLERO, F. op. Cit. 61p.

lo único razonable es prescindir de la serie de cargos y limitarse a señalar que se aplicarán las penas previstas para el deudor “a quien, en la dirección de los negocios del deudor y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones allí señalados, o hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones”.⁸⁵

Ante este comentario, cabe señalar que, a continuación, la Superintendente de Insolvencia aclaró que la norma busca equiparar al deudor a cualquiera que en los hechos dirija sus negocios, eliminando así el listado de los cargos citados en la norma original, dejando como sujetos activos a “quien en la dirección o administración de los negocios del deudor”, incurriera en los delitos señalados en el articulado anterior, viéndose integrados también los administradores de hecho, siendo finalmente este texto el aprobado, agregándose como parte integrante del Código Punitivo nacional.

El legislador penal-concursal, al crear esta norma, ha querido apoyarse en el articulado de la hoy derogada Ley de Quiebras (Ley 18.175),

⁸⁵ Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 2278p.

para sancionar a los sujetos mencionados. En este sentido, los verbos rectores de las conductas son claros: por una parte, consiste en ejecutar un acto, o incurrir en una de las omisiones sancionadas, que no requieren mayor análisis, dada la claridad de los mismos, que se simplifica a cometer las conductas descritas; pero por otro lado, atribuye responsabilidad al directivo o administrador que otorga su autorización para la realización de estos actos u omisiones, dada su posición privilegiada en la toma de decisiones sobre el curso financiero del deudor. En este caso, pese a que no es materialmente la persona del directivo o administrativo quien incurre en alguna de las conductas descritas, si toma parte en la ejecución del delito, puesto que sin su autorización, se torna imposible la realización del hecho ilícito, no dejando lugar a dudas sobre su participación en la comisión, a título de autores directo, a la luz del Art. 15 N°1 del Código Penal. A nuestro juicio, para el caso de la autorización necesaria para que otro ejecute las conductas descritas en los art. 463, 463 bis y 463 ter, estaríamos en presencia de lo que el profesor Labatut denomina como “cooperadores inmediatos”, quien los conceptualiza de la siguiente forma:

“COOPERADORES INMEDIATOS.- Son los que intervienen en el acto criminal, según lo prescrito en el acápite final del N°1 del

artículo en estudio, “impidiendo o procurando impedir que el delito se evite”. La característica esencial de esta figura es el hecho de que el agente, sin participar propiamente en la ejecución del delito, pone con su conducta una condición para que otra u otras personas puedan ejecutarlo con seguridad, en el caso concreto de que se trata.”⁸⁶

Para el caso estudiado, aquella condición a la que se refiere el profesor Labatut, sería aquella autorización que el directivo o administrador otorga para que otra persona cometa materialmente los ilícitos. Es más propicia esta interpretación, que aquella que da el Profesor Garrido Montt⁸⁷ al referirse a la autoría indirecta.

En lo que respecta a la culpabilidad del autor, no caben dudas que las conductas descritas deben ser necesariamente ejecutadas con dolo directo, dado el claro *animus injuriandi* que se percibe en ellas, y reafirmado en que, en su calidad de administradores, su conocimiento es muy superior que el de cualquier otra persona.

⁸⁶ LABATUT, G. 1992. Derecho Penal. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 9° Edición. 198p

⁸⁷ GARRIDO, M. 2003. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 3ra Edición. 307p.

En lo atinente a los demás elementos a analizar, al tratarse de una norma de reenvío a los delitos tipificados en los art. 463, 463 bis y 463 ter, y para que este trabajo no se torne reiterativo, me ceñiré a lo explicado al analizar cada uno de los tipos mencionados anteriormente.

5- Artículo 464.

Como se señaló al inicio de este trabajo, la ley 20.720 significó no sólo un cambio en lo que ha delitos de bancarrota se refiere, sino que en todo el sistema concursal en general. Es por esto que, dentro de los nuevos elementos que incluyó, el legislador estableció la creación de dos cargos que son centrales en la realización de los nuevos procedimientos concursales, y que corresponden a la persona del Veedor y el Liquidador.

Analizando la historia de la ley, se aprecia que ya en la discusión parlamentaria se dan atisbos sobre la importancia de estos dos nuevos personajes introducidos por la ley. El Senador Patricio Walker, en la Sesión 27 de la Legislatura 361, de fecha 04 de junio de 2013, al entregar su

informe sobre el proyecto de ley, conceptualiza a los veedores y liquidadores de la siguiente forma:

“Son profesionales que integran una nómina que mantiene la Superintendencia.

Los veedores tienen por misión propiciar acuerdos entre el deudor y sus acreedores. Estos acuerdos son uno de los principios orientadores de la nueva institucionalidad concursal, porque sus diversas disposiciones crean una serie de incentivos para que las empresas en crisis puedan ser reorganizadas. Solo las que están en fase irrecuperables van a ser liquidadas.

Paralelamente, la figura del liquidador tiene por principal misión incautar e inventariar los bienes del deudor, liquidarlos y repartir su producto entre los acreedores. El liquidador opera cuando no se logra en el procedimiento un acuerdo entre el deudor y los acreedores.”⁸⁸

⁸⁸ Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 1682p.

Del texto anteriormente citado se desprende que, desde el inicio del proyecto, se les otorgó una central importancia a ambos profesionales dentro del nuevo sistema concursal chileno.

Por su parte, la Ley 20.720 sobre Insolvencia y Reemprendimiento define a ambos agentes en sus disposiciones generales de la siguiente manera, en su Art.2°:

*19) **Liquidador:** Aquella persona natural sujeta a fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, cuya misión principal es realizar el activo del Deudor y propender al pago de los créditos de sus acreedores, de acuerdo a lo establecido en esta ley.*

*20) **Veedor:** aquella persona natural sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, cuya misión principal es propiciar los acuerdos entre el Deudor y sus acreedores, facilitar la proposición de Acuerdos de Reorganización Judicial y resguardar los intereses de los acreedores, requiriendo las medidas precautorias y de conservación de los activos del Deudor, de acuerdo a lo establecido en esta ley.*

Pero el legislador ha querido ir más allá en la regulación de la actividad de ambos profesionales, y también ha creído necesario establecer tipos penales que normen el correcto desempeño de sus funciones y la debida probidad de estos, dada la relevancia que ellos tienen en el éxito del resultado de los procedimientos concursales en los que tienen participación. Dicho esto, procedo a analizar el artículo que se indica en este acápite.

El dicho precepto del nuevo articulado Código Penal chileno es del siguiente tenor:

Art. 464.- Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y con la sanción accesoria de inhabilidad especial perpetua para ejercer el cargo, el veedor o liquidador designado en un procedimiento concursal de reorganización o liquidación, que realice alguna de las siguientes conductas:

- 1) Si se apropiare de bienes del deudor que deban ser objeto de un procedimiento concursal de reorganización o liquidación.*
- 2) Si defraudare a los acreedores, alterando en sus cuentas de, administración los valores obtenidos en el procedimiento*

concurzal de reorganización o liquidación, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho.

3) Si proporcionare ventajas indebidas a un acreedor, al deudor o a un tercero.

Pese a que las conductas descritas por el tipo contienen verbos rectores variados, como son “apropiar”, “defraudar”, o “proporcionar”, las tres atienden a la protección del patrimonio del deudor sometido a los procedimientos concursales en los cuales intervienen el veedor y el liquidador, para que de esta forma se conserve la masa de bienes con la que se hará pago finalmente a los acreedores mediante la realización de estos. Sin embargo, y dada la calidad que ostentan los sujetos activos de la conducta, no podemos descartar a priori que también se busque cautelar otros intereses jurídicos relevantes para el ordenamiento como lo es la fe pública, o la confianza en el sistema judicial, más específicamente, en los nuevos procedimientos concursales. En definitiva, se hace innegable apreciar que también se protegería de esta forma la correcta administración de justicia.

Junto con esto último, los profesores Contador y Palacios contextualizan el bien jurídico protegido en estas conductas de la siguiente forma:

“Tratándose de las conductas que se describen en el N°1 del artículo 464, donde se sanciona los actos de *apropiación de bienes de la masa*, consideramos que conjuntamente con resguardar la probidad y correcta ejecución de las labores que deben tener estos Agentes, se tutela el patrimonio del deudor declarado en concurso y, consecuentemente, el de sus acreedores.

En las conductas de administración fraudulenta descritas en el N°2 del citado artículo 464, donde se sanciona *la alteración de las cuentas de administración*, se protege la confianza que todos ponen cuando se encarga a otro la ejecución de uno o más negocios jurídicos y en la hipótesis de la conducta que se indica en el N°3, donde se sanciona el hecho que un Veedor o un Liquidador proporcione ventajas indebidas a un acreedor, al deudor o a un tercero, se protege la *par conditio creditorum* o posición de igualdad que debe existir entre los acreedores del concurso.”⁸⁹

⁸⁹ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit. 344p

En el informe que remitió don Luis Ortiz, respecto del proyecto de ley, a las Comisiones Unidas del Senado, nos da luces para iniciar el análisis del tipo penal en estudio:

“Esta disposición se refiere a los delitos que puede cometer el veedor o liquidador en el ejercicio de su cargo, sea al apropiarse de bienes del deudor, o bien, defraudando a los acreedores mediante la alteración de sus cuentas, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho. En el primer caso estaríamos, de acuerdo con la legislación vigente, de un delito de apropiación indebida sancionado en el artículo 470 N°1 del Código Penal; en el segundo, de un delito de administración fraudulenta previsto en el artículo 469 N°3. En este caso, no obstante la existencia de los tipos penales señalados se ha considerado útil la creación de un delito especial con un sujeto activo propio fundamentalmente en la mayor necesidad de pena que se le asigna a la figura creada en el Proyecto en relación a las anteriores.”⁹⁰ (Cabe destacar que, en este punto de la tramitación, no había sido incluido el numeral 3 de dicho artículo.)

⁹⁰ Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 556-557p

Vale decir, dada la envergadura de la labor encomendada a ambos actores, no es baladí la inclusión de este tipo, y más allá de la pena privativa de libertad que se le asigna (que también se incluía en los tipos penales que contemplan las hipótesis de administración fraudulenta y de apropiación indebida), gran importancia tiene la pena accesoria que contempla esta norma, la que consiste en la inhabilidad especial perpetua para ejercer los cargos de veedor y liquidador.

De este modo, entendemos que nos encontramos frente un nuevo delito especial propio, esta vez, teniendo como sujeto activo determinado al Veedor o Liquidador, designado en el marco de un Procedimiento Concursal de Reorganización o de Liquidación.

El numeral 1 del Artículo 464 del Código Penal se refiere al caso en que el Veedor o Liquidador se adueñe de los bienes del deudor sometido a un procedimiento concursal que se encuentren bajo su administración. En este punto cabe señalar que, y como se ha dicho anteriormente al analizar otros tipos penales integrantes de éste capítulo, con la dictación de la resolución de liquidación o la de reorganización, no se priva al deudor del derecho de propiedad que ostenta sobre sus bienes, ni menos se transfiere esta al

patrimonio de alguno de los agentes. En el particular precepto en estudio, la persona del Veedor o del Liquidador, es designado para su cargo, y de forma posterior a esto, ya encontrándose en el ejercicio de su función, cuando comienza a dar curso a su actuar, aprovechando así su mejorada posición para cometer los ilícitos que son materia de éste análisis.

Por otro lado, en la figura establecida en el número 2 del mencionado artículo, lo que el legislador ha sancionado corresponde al fraude que realicen ambos agentes concursales en el desempeño de sus funciones, para esta forma, alterar el resultado final del procedimiento en el que participan, provocando un perjuicio a los acreedores, y de igual modo, al deudor mismo.

Se entiende por “fraude” o “defraudación”, al “logro abusivo de una ventaja patrimonial en perjuicio de tercero, mediando engaño, abuso de confianza o, en general, incumplimiento de una obligación.”⁹¹ En definitiva, dentro de sus labores como administrador de los bienes del deudor sometido a uno de los procedimientos concursales mencionados, el liquidador o veedor, defrauda a los acreedores, pero también al propio deudor,

⁹¹ LABATUT, G. 1992. Derecho Penal. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 9º Edición. 222p

incumpliendo con las obligaciones que ley le asigna. El ilustre profesor nacional, don Mario Garrido, se refiere a esta conducta (entre otras, que escapan al tema tratado en este trabajo), como “fraudes por abuso de confianza”. Lo explica de la siguiente forma:

“Este grupo de figuras normalmente responde al *incumplimiento voluntario de obligaciones civiles*, que tienen origen en actos legítimos, que han vinculado a la víctima con el victimario. Esas obligaciones incumplidas, de consiguiente, tienen origen en relaciones civiles lícitas que suponen o están respaldadas por actitudes de confianza de uno de ellos (sujeto pasivo) respecto del otro (sujeto activo), confianza a la cual falta este último causando un perjuicio en el patrimonio del primero. Este tipo penal se daría, por vía de ejemplo, cuando el mandatario habilitado para cobrar una deuda de la que es acreedor su mandante, una vez recibido el pago dispone del dinero en su propio beneficio.

No todo incumplimiento de obligaciones civiles constituye delito, sólo algunas situaciones excepcionales que deben estar expresamente tipificadas, de manera que las restantes dan lugar

únicamente a las acciones civiles pertinentes, pero carecen de acción penal.”⁹²

Sin embargo, el legislador no ha querido dejar lugar a dudas, y decidió tipificar expresamente estas conductas, para no enmarcarlas dentro de otro tipo penal, evitando la impunidad en que podrían haber caído. En este sentido, el legislador concursal sigue la lógica del sistema antiguo, el cual, en lo respectivo a la responsabilidad penal del Síndico, establecía en el artículo 38 de la ley 18.175, penas que iban desde presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, por la comisión de ciertos actos ilícitos, con la salvedad de aplicar una pena mayor si estos fueran constitutivos de otro delito, además de la inhabilidad especial perpetua para ejercer dicho cargo.

En lo relativo a la responsabilidad civil, la ley 20.720, determina que el estándar de responsabilidad por el que, tanto el veedor como el liquidador, responden, corresponde a la culpa levísima, la que en virtud del art. 44 del Código Civil consiste en “la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

⁹² GARRIDO, M. 2008. Derecho Penal Parte Especial. Tomo IV. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 4ta Edición. 371-372p.

Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”. De este modo, el nivel de diligencia que deben desempeñar en sus funciones es el más elevado de todos, y esto se condice con la importancia que tiene su gestión en el éxito de los procedimientos concursal, cuestión que se explicó anteriormente en este trabajo. Por lo tanto, no sólo los acreedores o el deudor esperan que el resultado del procedimiento sea el más conveniente, sino que también es la sociedad en general, que deposita su confianza en el ordenamiento jurídico, para que de esta forma, se imparta correctamente justicia.

Caso diverso corresponde al último numeral del art. 464, y es que al referirnos a “ventajas” podemos caer en la trampa de relativizar cualquier tipo de gestión ejercida por los actores en cuestión, esto a raíz de que en el ejercicio de sus funciones, son factibles la realización de ciertos actos a cuya consecuencia se favorezca en definitiva a un agente determinado como el deudor, algún acreedor o un tercero, pero no necesariamente tendrá el carácter de indebido. Según consta en el Segundo Informe de las Comisiones Unidas, el Senado Hernán Larraín, señaló que al distinguir entre ventajas debidas e indebidas, abre la pesquisa sólo a los casos en que

se produjo un perjuicio intencionado a la masa⁹³, determinando de esta forma, a que se refiere el legislador como “ventajas indebidas”.

Dada la poca precisión sobre el contenido de la conducta, creo pertinente citar a Contador y Palacios, quienes latamente explican a través de ejemplos en qué consiste la acción que describe el tipo penal.

“La conducta que se sanciona es otorgar *ventajas indebidas a un acreedor, al deudor o a un tercero*. Según la Real Academia Española, **ventaja** significa “*ganancia anticipada que un jugador concede a otro para compensar la superioridad que el primero tiene o se atribuye en habilidad o destreza*”. Sobre estas conductas los ejemplos pueden ser múltiples: V.gr. Si en el Procedimiento de Reorganización el Veedor arbitra los medios necesarios para que a un proveedor, se le otorgue un pago preferente de su facturación, sin que se cumpla con las condiciones o los requisitos establecidos en el artículo 72, objetivamente con esta conducta, se le está proporcionando una ventaja indebida a un proveedor respecto de los demás. Si en el Procedimiento de Liquidación el Liquidador hace un

⁹³ Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 918p.

reparto de fondos a un acreedor sin dar cumplimiento a las normas de prelación de créditos que se establecen en los artículos 2472 y siguientes del Código Civil, se le está otorgando una ventaja indebida a este acreedor, alterando la fijación irrevocable de los derechos de todos los acreedores del concurso, que previene el artículo 134. Si en el Procedimiento de Reorganización el Veedor incurre en una falsedad material suponiendo la participación favorable de un acreedor en el proceso donde se recaban las firmas que se regula en el artículo 80, se le está otorgando una ventaja indebida a la Empresa Deudora. Si en el Procedimiento de Liquidación, el Liquidador deja en poder del deudor bienes que debiera haber incautado, conforme lo ordena el artículo 129, se le está otorgando una ventaja indebida; en fin, si en este mismo procedimiento el Liquidador arbitra los medios necesarios para que un oferente logre la aprobación de venta directa, sin cumplir con las exigencias que se establecen en los artículos 222 y 223, se le está proporcionando una ventaja indebida al tercero adquirente de bienes del concurso.”⁹⁴

⁹⁴ CONTADOR, N. y PALACIOS, C. op. Cit. 345-346p

De todos modos, al igual que en las otras hipótesis de comisión que incluye este precepto, y como también se señaló en su momento, el derogado Libro IV del Código de Comercio también contemplaba estos casos, en su art. 38, atribuyendo responsabilidad penal al Síndico que se concertare con algún acreedor o con un tercero para otorgar ventajas indebidas.

Para concluir, estimamos que no se vislumbra como posible las hipótesis de comisión de estas acciones de otra forma que no sea directamente dolosa, puesto que se hace evidente que, el agente concursal que está cometiendo éstos delitos, busca efectivamente, y ejecuta su actuar de forma tal en que se apropia, defrauda, o favorece a un acreedor, deudor o un tercero, teniendo de esta forma pleno conocimiento y la voluntad de provocar un daño a la masa de bienes del deudor que se encuentra sujeto a un procedimiento concursal.

6- Artículo 464 bis

Siguiendo la misma línea del artículo anteriormente analizado, el legislador ha querido tipificar una conducta adicional, que nuevamente tiene por sujeto activo especial de la misma al Veedor y al Liquidador, y que consiste en lo siguiente:

***Artículo 464 bis.-** El veedor o liquidador designado en un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación que aplicare en beneficio propio o de un tercero bienes del deudor que sean objeto de un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo y con la pena accesoria de inhabilidad especial perpetua para ejercer el cargo.”*

La acción de este ilícito se refiere a “aplicar”, que, como se dijo anteriormente, se refiere a “*destinar, adjudicar, asignar*”, según lo define la Real Academia Española. Sin embargo, en el proyecto original, el legislador había contemplado la voz “utilizar”, y no fue sino hasta que se

debatió en las Comisiones Unidas⁹⁵, en que, y según la opinión de los profesores Ortiz y Zaliasnik, se rechazó esta forma verbal, puesto que abría la puerta a la penalización de hurtos de posesión; a esto, se suma que se estimó para el caso, que la “utilización de bienes de la masa” por parte de alguno de estos agentes concursales, podría realizarse con la autorización de la junta, e incluso, con la voluntad del propio deudor, por lo que no sería una conducta *per se* ilícita. Sin embargo, se optó por el vocablo “aplicar”, porque, de esa forma, se limita la injerencia y el interés personal del veedor o del liquidador en la gestión de los bienes de la masa, hecho que nos parece aceptable, toda vez que es mucho más preciso en su definición, respecto del bien jurídico protegido.

Si bien es cierto, bajo la simple lectura del precepto, podemos apreciar que el tipo en cuestión es muy similar a su antecesor, al punto, que incluso, durante la discusión parlamentaria, se debatió el hecho de que fuera refundida la conducta en un solo artículo, como era la opinión del Profesor Hernández. Sin embargo, y a juicio de la Superintendente, “*si bien es posible refundir los artículos 464 y 464 bis, ello significaría sancionar de la misma forma la apropiación de un bien y el uso del mismo, sea en*

⁹⁵ Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 919p.

beneficio propio o de terceros, conductas que no son idénticas. Por esa razón se las trata en artículos diversos y se les asigna distinta pena.”⁹⁶

Quedando de esta forma establecido dicho articulado.

Dado que apunta directamente a proteger el mismo bien jurídico que el Art. 464, y que los sujetos involucrados son igualmente los mismos, en lo que respecta a los demás elementos, me remitiré a lo ya comentado en el punto anterior de éste capítulo.

7- Artículo 464 ter.

El artículo en comentario, quedó formulado de la siguiente forma:

“Artículo 464 ter.- El que sin tener la calidad de deudor, veedor, liquidador o de aquellos a los que se refiere el artículo 463 quáter, incurra en alguno de los delitos previstos en este Párrafo, valiéndose de un sujeto que sí tenga esa calidad, será castigado como autor del delito respectivo.

⁹⁶ Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 2280p.

Si sólo lo induce o coopera con él, será castigado con la pena que le correspondería si tuviera la calidad exigida por la ley, rebajada en un grado.”

En este caso, el legislador ha querido establecer un tipo penal residual, en el cual, se comunica la responsabilidad penal a aquellos que no teniendo las calidades enunciadas en dicho artículo, que corresponden a la de Deudor, Veedor, Liquidador, y los Directores o Administradores del Deudor, incurran en las conductas mencionadas. Se trata en definitiva de una extensión de la responsabilidad penal a sujetos que no son los sujetos activos de los tipos concursales, pero se valen o cooperan con ellos, y de plano, inducen a estos a cometer dichas conductas.

El Código Penal chileno, en el Título Segundo de su Libro Primero, nos habla sobre las personas responsables de los delitos, y precisamente, en el Art. 15 define en a aquellos a quienes considera autores de un delito. Cabe recordar que en el momento en que el legislador ha incorporado los delitos concursales al Código Punitivo, también les ha hecho extensibles estas disposiciones de índole general.

En este punto donde se nos produce un serio problema. Como bien se explicó en la parte general de este capítulo, los delitos de bancarrota, corresponden a aquellos que la doctrina a denominado “especiales propios”, siendo estrictamente necesario que el sujeto activo de las conductas sea el deudor, o el agente concursal correspondiente, según sea el caso. Sin embargo, el legislador, en el primer inciso del artículo materia de éste análisis, señala que será considerado autor un sujeto que, claramente, no ostenta esta calidad. En definitiva, nos encontramos ante una regla de extensión de la responsabilidad penal, a un “*extraneus*”, dado que tampoco se trata de un representante, o de alguien que actúe en nombre del sujeto calificado. En este sentido, de no ser por esta regla de comunicabilidad de la responsabilidad penal que el legislador concursal ha establecido, este *extraneus*, sólo podría ser considerado autor de algún delito residual, en el cual se encuadren los actos cometidos, como podrían ser la estafa, o incluso, el hurto. Esta regla demuestra un particular esfuerzo legislativo, en pro de especificar y precisar este tema en análisis, evitando de esta forma, cualquier duda que exista a este respecto, dejando en claro la finalidad del precepto, estableciendo de forma expresa esta comunicabilidad.

Otro asunto relevante que se desprende de esta norma, corresponde al hecho que este tercero extraño no podría incurrir en dichas conductas, si es que no contara con los sujetos calificados para ser autor de los delitos. En este sentido, el legislador no es claro en señalar de qué forma se va a valer de este agente. No es baladí este elemento, puesto que no es correcto igualar los casos en que realice estas conductas mediante fuerza o engaño, a los casos en que existe un concierto real entre ambos actores para cometer el ilícito. En el primer caso, estaríamos en presencia de una autoría mediata, en la cual, se utiliza al agente como una herramienta más para cometer el delito; y en el segundo caso, estamos frente a un caso de coautoría. Esta distinción opera sólo para efectos doctrinales, puesto que, en la práctica, ambos casos son considerados autores por el Art. 15 del Código Penal. (Numerales 2 y 3), por lo que estimamos que se trataría de una reiteración, que quizás, el legislador decidió incorporar para recalcar la relevancia que tienen los delitos concursales.

Sin embargo, es en el inciso segundo de éste artículo donde se genera una problemática que conviene tratar. En esta parte, el precepto legal equipara dos conceptos disimiles, la inducción y la cooperación, rebajando para ambas situaciones la pena establecida en un grado, respecto del tipo penal

original. En este punto pareciera ser que el legislador mercantil ha confundido, deliberada o involuntariamente, se trata de grados de participación distintos. Por una parte, el Inductor, sancionado en nuestra legislación en el artículo 15 del Código Penal, corresponde efectivamente a un autor del hecho delictual; mientras que, el Cooperador, corresponde a la calidad de “cómplice”: en efecto, dispone el Art. 16 que son tales, son aquellos que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos, caso para el cual, efectivamente se les aplica una pena inferior en un grado a la que le correspondería al autor, según aplicación de la regla establecida en el art. 51 de dicho cuerpo legal.

En este sentido, para el Profesor Garrido Montt,

“El inductor quiere que otra persona cometa un delito determinado, y para ello realiza acciones tendientes a convencerlo de que adopte la resolución de cometerlo (no lo engaña, lo convence); el inductor no tiene interés en participar él mismo en el delito, ni pretende tener intervención en su ejecución. Si bien la inducción puede dar origen a un pacto, como la entrega de una

recompensa en dinero o de otra especie, este acuerdo no importa el concierto a que se refiere el N- 3-, cuyo alcance se explicará más adelante (en general, concierto significa formar entre varias personas una finalidad —dolo— única y común para realizar una actividad en conjunto, aportando medios o respaldo moral).”⁹⁷

Así las cosas, no es lo mismo ser un inductor que un cooperador. Para Bustos y Hormazabal, cooperación y complicidad son dos términos que apuntan a un mismo concepto, hecho que coincide con el entregado por el artículo 16 de nuestro Código Penal, en los siguientes términos:

“La complicidad es la colaboración dolosa en un hecho doloso determinado por actos anteriores o simultáneos a la realización.

La colaboración necesariamente ha de ser a un hecho determinado, luego con plena conciencia del hecho al que se colabora. Por eso tiene un carácter doloso y, además, necesariamente tiene que ser a un hecho doloso.”⁹⁸

⁹⁷ GARRIDO, M. 2003. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 3ra Edición. 310-311p.

⁹⁸ BUSTOS, J y HORMAZABAL, H. 1999. Lecciones de Derecho Penal. Volumen II. Madrid, Editorial Trotta. 302p.

Esta misma idea es reiterada por don Mario Garrido, quien nos dice que, “El cómplice es el que coopera dolosamente a la ejecución del hecho ajeno y que, de consiguiente, actúa con un dolo que le es propio, pues su finalidad es que el autor alcance su designio criminal.”⁹⁹

Sin embargo, el legislador podría haber estado apuntando a otra dirección, y es que podría tratarse de lo que el Profesor Gustavo Labatut denomina en su tratado de Derecho Penal como “Autores-Cómplices”, que conceptualiza de la siguiente forma:

“AUTORES-COMPLICES.- De ellos se ocupa el art. 15 en su N°3. Existen dos categorías, cuyo común denominador es el concierto previo esto es, el acuerdo de voluntades entre los partícipes: a) los que concertados para la ejecución del delito, facilitan los medios con que se lleva a efecto, medios que pueden ser materiales o intelectuales. Faltando el concierto y existiendo en su lugar simple conocimiento del delito que se va a cometer, el hecho de proporcionar los medios para que se ejecute constituye acto de complicidad, como también el hecho de que el agente no

⁹⁹ GARRIDO, M. 2003. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 3ra Edición. 320p.

utilice esos medios sino otros; b) los que, concertados para su ejecución, lo presencian sin tomar parte inmediata en él. Esto último, sin previa concertación, no acarrea responsabilidad criminal.”¹⁰⁰

En definitiva, creemos que se incurre en un error en este caso, toda vez que, si la idea del legislador era que aquellos que cooperaran con el deudor, el veedor, liquidador o los administradores de los bienes del deudor, a cometer estos ilícitos, fueran castigados de igual modo, lo correcto hubiera sido elevarlos a la calidad de autor de los mismos hechos, y no, por el contrario, reducir la responsabilidad de un autor, como es el caso del inductor, igualando ésta a la de un cómplice, que es quien coopera. Si lo que quiso el legislador por otro lado fue considerar a los cooperadores como aquellos coautores establecidos en el Art. 15 n°3, tampoco se entiende la rebaja de pena. Quizás, con la interpretación que efectúen los Tribunales de Justicia acerca de este precepto, podamos ir dilucidando estas dudas.

¹⁰⁰ LABATUT, G. 1992. Derecho Penal. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 9° Edición. 200p

8- Artículo 465.

El artículo en comento, contiene una norma estrictamente de índole procesal, alejándose así de los tipos penales analizados anteriormente, pero que es de suma importancia al momento de analizar los delitos concursales. Precepto que, pese a su extensión, se enfoca, para efectos de este trabajo, en dos puntos centrales: a) la legitimación para ejercer la acción penal respectiva; b) la competencia de los Tribunales de Justicia para conocer de los hechos que revistan carácter de delito tipificados en el Título IX del Libro Segundo del Código Penal.

Dice el artículo:

“Artículo 465.- La persecución penal de los delitos contemplados en este Párrafo sólo podrá iniciarse previa instancia particular del veedor o liquidador del proceso concursal respectivo; de cualquier acreedor que haya verificado su crédito si se tratare de un procedimiento concursal de liquidación, lo que se acreditará con copia autorizada del respectivo escrito y su proveído; o en el caso de un procedimiento concursal de reorganización, de todo acreedor a quien afecte el acuerdo de

reorganización de conformidad a lo establecido en el artículo 66 del Capítulo III de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas.

Si se tratare de delitos de este Párrafo cometidos por veedores o liquidadores, la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento deberá denunciarlos si alguno de los funcionarios de su dependencia toma conocimiento de aquellos en el ejercicio de sus funciones. Además, podrá interponer querrela criminal, entendiéndose para este efecto cumplidos los requisitos que establece el inciso tercero del artículo 111 del Código Procesal Penal.

Cuando se celebren acuerdos reparatorios de conformidad al artículo 241 y siguientes del Código Procesal Penal, los términos de esos acuerdos deberán ser aprobados previamente por la junta de acreedores respectiva y las prestaciones que deriven de ellos beneficiarán a todos los acreedores, a prorrata de sus respectivos créditos, sin distinguir para ello la clase o categoría de los mismos.

Conocerá de los delitos concursales regulados en este Párrafo el tribunal con competencia en lo criminal del domicilio del deudor.”

Para empezar, nos encontramos ante una norma que establece una condición de procesabilidad en cuanto al ejercicio de la de la acción penal en lo que se refiere a los delitos de insolvencia, ordenando la ley de esta forma, que el procedimiento penal debe iniciarse previa instancia particular de los siguientes agentes dentro del procedimiento concursal en el que se sustente el mismo. Estos son: el Veedor; el Liquidador; cualquier Acreedor que haya verificado su crédito en un Procedimiento Concursal de Liquidación; y, cualquier Acreedor a quien le afecte el acuerdo de reorganización, en el marco de un Procedimiento Concursal de Reorganización.

Respecto de los delitos de acción penal pública previa instancia particular, la Profesora Horvitz Lennon lo explica de la siguiente forma:

“El Código establece que en los delitos de acción penal pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito o a quien la ley confiera la facultad de actuar por él, hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía. Efectuada la denuncia exigida por la ley, el procedimiento se tramitará conforme a las reglas

generales relativas a los delitos de acción pública (artículos 54 inciso 1" y final CPP).”¹⁰¹

El Código Procesal Penal le entrega esta calidad a la acción penal en estos casos, a través del Art. 54, específicamente su letra g) (“*Los que otras leyes señalaren en forma expresa*”), dado que la Ley 20.720 ha incorporado directamente este precepto al Código Penal.

No obstante, para el caso en que el delito cometido corresponda a aquellos tipificados en los artículos 464 y 464 bis, por Veedores o Liquidadores dentro de un Procedimiento Concursal en que desempeñen funciones, también se incluye dentro de aquellos que deben instar la persecución penal a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

La Ley 20.720 dedica su Capítulo IX completo a la Superintendencia del ramo, conceptualizándola de la siguiente forma:

“Artículo 331.- Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

¹⁰¹ HORVITZ, M y LOPEZ, J. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 335p.

Naturaleza Jurídica. Créase una persona jurídica denominada Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, como un servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, en adelante la Superintendencia.

La Superintendencia será una institución autónoma, que se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y se regirá por esta ley.

Su domicilio será la ciudad de Santiago, sin perjuicio de las direcciones regionales que pueda establecer el Superintendente en distintas ciudades del país.

La Superintendencia tendrá, para todos los efectos legales, el carácter de institución fiscalizadora de acuerdo a lo dispuesto en el decreto ley N° 3.551, de 1981, y su legislación complementaria, y estará afecta al Sistema de Alta Dirección Pública establecido en la ley N° 19.882.”

Un elemento importante a considerar cuando se analiza el artículo 465 del Código Penal corresponde al rol que juega la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento respecto del ejercicio de la acción penal. La ley, como se señaló en párrafos anteriores, limita su actuar a los casos en

que sean los Veedores o Liquidadores sean sujetos activos de los delitos concursales para los casos en que corresponda. Como se indicó en su oportunidad, ambos profesionales están sometidos a la fiscalización del ente público. Así lo expresa la definición que la ley hizo de ambos agentes concursales en el Art. 2 N°19 y 40 de la ley 20.720. Por lo que este rol de vigilancia de sus funciones se traduce, para estos casos, en una verdadera obligación de denuncia. Esto último se aprecia de la simple lectura del inciso segundo del Art. 465 del Código Penal. Esta carga no es meramente nominal, sino que se traduce en un deber real, cuyo incumplimiento se encuentra penado con multa de una a cuatro Unidades Tributarias Mensuales, como lo prescribe el Art. 177 del Código Procesal Penal. Esto, dicho sea de paso, sin entrar en la discusión si efectivamente o no, esta omisión de denuncia convierte al funcionario que toma conocimiento del hecho delictual en un cooperador del veedor o liquidador que delinque, en los términos del inciso segundo del Art. 464 ter del Código Penal, hecho que escapa al análisis desarrollado en este trabajo.

El artículo 175 del Código Procesal Penal señala:

“Denuncia obligatoria. Estarán obligados a denunciar:

b) Los fiscales y los demás empleados públicos, los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos;”

A este mismo respecto, no es azaroso que el legislador haya contemplado expresamente este deber de denuncia, pese a encontrarse ya establecido en el Código Procesal Penal. En el Segundo Informe de las Comisiones Unidas, se indica que, *“en vista del rol de fiscalización permanente que esta ley otorga a la Superintendencia respecto de los veedores y liquidadores y del o establecido en la letra b) del artículo 175 del Código Procesal Penal sobre la obligación de denuncia que tienen todos los funcionarios públicos por los hechos que revistan características de delito y que conozcan en el ejercicio de sus cargo, se estimó necesario precisar en la ley que la Superintendencia tendrá la obligación de hacer la denuncia respectiva cuando se trate de ilícitos cometidos por los veedores o liquidadores y que, además, podrá presentar la correspondiente querrela criminal si lo considera necesario.”*¹⁰²

¹⁰² Historia de la Ley N° 20.720. op. Cit. 922p.

Además, vale la pena agregar que la ley le otorga a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento la capacidad de querellarse en los casos antes mencionados, elemento que no es menor, atribución que le entrega directamente la última parte del inciso segundo del Art. 465 del Código Penal, en conformidad con el tenor del inciso tercero del Art. 111 del Código Procesal Penal.

El segundo elemento de vital importancia a analizar en este apartado corresponde a la competencia de los Tribunales de Justicia para conocer de los hechos que revistan carácter de delito tipificados en el Título IX del Libro Segundo del Código Penal. Así, de conformidad a las normas del Código Procesal Penal, será llamado a conocer de estos delitos, el juez en cuyo territorio se hubiese cometido el hecho que da motivo al juicio; para posteriormente explicar, en su inciso tercero, que el delito se entenderá cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución. En este sentido, y ante la imprecisión sobre el lugar exacto donde se realicen estas conductas, el legislador las ha entendido cometidas en el domicilio del deudor, evitando así cualquier otra duda que tenga relación con la competencia del Tribunal. Cabe señalar, a modo de corolario, que esta norma se encuentra en perfecta concordancia con el Art. 3 de la Ley 20.720,

precepto que entrega las reglas de competencia del Juez concursal, el cual corresponde, de igual modo, al del domicilio del deudor.

Entendemos esta precisión en la competencia del juez --aquel correspondiente al domicilio del deudor-- como un aporte significativo de la Ley 20.720, dado que en los delitos concursales, no siempre es fácil determinar el lugar donde se cometió el ilícito, puesto que aquel muchas veces sucedió con bastante antelación al principio de la investigación y a que se puede tratar de hechos sucesivos, no aislados. Lo mismo sucede con el período en el cual debieron cometerse tales conductas, sin tener que acudir al cálculo que exigían legislaciones anteriores.

9- Artículo 465 bis.

Ante la necesidad de aclarar dudas que se vislumbren sobre la persona del sujeto activo de las conductas tipificadas en las normas precedentes, este artículo, como se anticipó, señala que todas las disposiciones precedentes al mismo (artículos 463 a 465 del Código Penal) se aplican sólo a las

denominadas Empresas Deudoras, definidas en el Art. 2 N°13 de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas, el cual ya fue analizado anteriormente.

10- Artículo 466.

“Art. 466.- La persona deudora definida en el número 25) del artículo 2° de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o que se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

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

Este precepto apunta a la especificación del sujeto activo de las conductas que posteriormente se describe. En una especie de contrapartida al Artículo precedente, indica que el actor que incurre en dichas acciones

corresponde a la “Persona Deudora”, que la ley 20.720 define de forma residual, en su artículo 2° N°25) como *“toda persona natural no comprendida en la definición de Empresa Deudora”*. De esta forma, entendemos que el sujeto activo de este tipo penal se refiere a toda persona natural, que no sea contribuyente del impuesto de primera categoría o ejerza las actividades contenidas en el número 2 del Art. 42 de la ley sobre impuesto a la renta. Podemos sostener, entonces, que afecta a personas naturales que sean empleados dependientes o que simplemente no tengan una actividad remunerada.

Dicho lo anterior, corresponde analizar las conductas descritas en el tipo.

En primer lugar vemos que el legislador ha tipificado una conducta que ha sido sancionada desde muy antiguo en la historia, el delito de “Alzamiento de bienes”. Ya en el derecho medieval español encontramos sus vestigios:

“Históricamente, el concepto de alzamiento se identificó con la idea de fuga del culpable y así, tanto el Fuero Real (Ley XII, Libro III, título XX) como las Partidas (Ley X, Título XV, Partida 5°) concedían al acreedor el derecho de ir a buscar al deudor que

hubiere huido de la tierra antes de pagar sus deudas y traerlo, siendo aquél «primeramente pagado del cuerpo de las cosas que trajere, aunque su deuda no sea la primera» (Fuero Real) o a liquidarse a sí mismo, en las cosas que llevase el deudor, la deuda siempre que éste fuera hallado en lugar «donde no hubiese merino o juez» y a presentarlo a tales autoridades «para que lo recauden ellas» en aquellos lugares que sí las hubiera (Partidas). Posteriormente, la Novísima Recopilación (Ley 3) amplía el concepto de alzamiento a aquellas personas «que alzaren sus bienes, aunque sus personas no se ausenten».»¹⁰³

Este alzamiento de bienes, que en la antigua legislación concursal era causal de quiebra fraudulenta, tipificado en el art. 220 de la ley 18.175, es conceptualizado por Labatut Glens de la siguiente forma:

“El alzamiento, que puede ser total o parcial, consiste en ocultar los bienes, quitarlos o retirarlos del sitio en que se encuentran. No es elemento del delito que el culpable se oculte o huya del lugar de su residencia, porque lo que constituye el alzamiento es la ocultación

¹⁰³ DEL ROSAL, B. op. Cit. 14p

de los bienes y no el desaparecimiento o la fuga del hechor. Tampoco lo es que los bienes ocultos sean hallados después del alzamiento. La referida ocultación debe realizarse con el propósito de defraudar a los acreedores, esto es, con el objeto de substraerse al pago de las obligaciones contraídas, y no con otros fines.”¹⁰⁴

En esta misma línea, el abogado español, don Juan Antonio Ramírez, indica:

“La circunstancia o nota más esencial o característica del *alzamiento* total o parcial, es la ocultación o desaparición de los bienes del quebrado, con el malicioso fin de sustraerlos a sus acreedores.[...] Y conste que no es preciso, para que exista alzamiento, total o parcial, que el deudor se fugue u oculte, ya que lo esencial es *que oculte sus bienes o los sustraiga a la legítima persecución de sus acreedores (...)*.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ LABATUT, G. 1992. Derecho Penal. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 9º Edición. 223p

¹⁰⁵ RAMIREZ, J. 1998. La Quiebra, Derecho Concursal Español. Tomo III. Barcelona. Casa Editorial Bosch. 2º Edición. 2093p.

Nótese que el alzamiento singularizado en esta norma, exige que sea realizado “en perjuicio de sus acreedores”. Sobre este particular ya nos hemos referido anteriormente.

En segundo lugar, se sanciona al deudor que se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa. A nuestro juicio , el legislador se vuelve redundante al individualizar estas múltiples conductas, puesto que, y como se ha visto en la doctrina anteriormente comentada, el concepto de alzamiento, va más allá de la simple fuga del deudor, siendo ésta sólo una de las modalidades de la antedicha conducta, pudiendo existir hipótesis de comisión al quedarse con los bienes de la masa para disminuir la misma; o, al ocultar estos y evitar su realización; e incluso, sacándolos de su patrimonio mediante su enajenación o destrucción. Es por esto que no parece correcta la redacción de este inciso por parte del legislador concursal, y su redacción repetitiva puede inducir a errores al momento de aplicar e interpretar el precepto en comento.

Sin embargo, y con la salvedad expuesta anteriormente, procedo a explicar el contenido de estas conductas tipificadas. La Real Academia de la Lengua Española nos entrega una idea de los conceptos señalados. Por una

parte, “ocultar”, corresponde a *esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista*; por otro lado, “dilapidar” se refiere *malgastar los bienes propios, o los que alguien tiene a su cargo*; y, por último, “enajenar”, *vender o ceder la propiedad de algo u otros derechos*, y “maliciosamente” dice estricta relación con la intención directa de realizar un perjuicio a otro, como en el caso del dolo. En palabras de don Mario Garrido, “La enajenación consiste en hacer que bienes que están en el patrimonio del deudor salgan del mismo por medio de maquinaciones jurídicas.”¹⁰⁶

Es nuevamente don Gustavo Labatut quien lo ejemplifica de perfecta manera, diciéndonos que, “La ocultación equivale a alzarse con los bienes. La dilapidación consiste en malbaratar, derrochar, despilfarrar los bienes; y la enajenación maliciosa, es venderlos a vil precio para perjudicar a los acreedores.”¹⁰⁷

Creemos que la enajenación maliciosa incluso, puede ir algo más allá que lo descrito por Labatut, esto es, cualesquiera otras formas de hacer ajeno un

¹⁰⁶ GARRIDO, M. 2008. Derecho Penal Parte Especial. Tomo IV. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 4ta Edición 306p.

¹⁰⁷ LABATUT, G. 1992. Derecho Penal. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 9º Edición. 223p

bien, con algún grado de defraudación a sus acreedores: v. gr., los contratos simulados.

Un dato importante nos aporta don Juan Esteban Puga, e indica que “nuestra jurisprudencia ha fallado, a propósito del art. 1464 del Código Civil que por enajenar se entiende la transferencia de dominio y en general cualquier otro gravamen real sobre los bienes. Ello significaría que la constitución de hipotecas, censos, usufructos, usos y habitación sobre inmuebles podría ser también conductas punibles a este título”¹⁰⁸

De esta forma vemos la multiplicidad de formas que puede adoptar la conducta sancionada en este título, que, y como ya fue expresado, todas se enmarcan dentro de la figura del Alzamiento de bienes, pese a que el legislador haya optado sin motivo aparente, por establecerlas por separado.

Para finalizar este precepto, se ha sancionado a través del inciso final del Art. 466, el otorgamiento de contratos simulados en perjuicio de los acreedores del deudor. Así las cosas, la simulación consiste en dar una cierta apariencia de algo que en realidad no es. “En él se aparenta realizar

¹⁰⁸ PUGA VIAL, J. 1994. Derecho Concursal. Delitos de la quiebra. 1ra Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 168p.

un acto que no se ha pensado realmente llevar a cabo, o que simplemente encubre otra operación efectivamente realizada de índole diversa”¹⁰⁹

Para el académico nacional, don Alfredo Etcheberry,

“El otorgamiento de contratos simulados no es punible, por regla general, pues no existe en términos amplios la obligación, para los particulares, de decir siempre la verdad. Excepcionalmente, en este caso, se pena el otorgamiento de contratos simulados cuando ellos están destinados a hacer salir aparentemente bienes del patrimonio o a reconocer créditos imaginarios, lo que redundaría en la insolvencia. Por "contrato simulado" debe entenderse aquel que contiene una declaración de voluntad no real, hecha en forma consciente y de acuerdo entre los contratantes, para producir la apariencia de un acto jurídico que no existe o que es distinto del que realmente se ha llevado a cabo. Por su propia naturaleza, esta figura supone necesariamente el dolo; no hay otorgamiento culposo de contratos simulados.”¹¹⁰

¹⁰⁹ GARRIDO, M. 2008. Derecho Penal Parte Especial. Tomo IV. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 4ta Edición. 307p.

¹¹⁰ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. 3ª Edición. 390p

Este precepto se hace muy similar al establecido en el art. 259 del Código Penal Hispano, el cual sanciona cualquier disposición patrimonial del deudor, no autorizada por la autoridad judicial o concursal, con el fin de pagar a alguno de sus acreedores, sean preferentes o no, en desmedro de los demás. Para Beneytez Merino: “La acción propia del tipo está constituida por actos de naturaleza jurídica, es decir, por negocios jurídicos, que determinan la salida de determinados bienes del patrimonio (enajenaciones, en sentido amplio), produciendo la traslación del dominio o el gravamen o carga real de los mismos o que generan obligaciones que terminarán por traducirse en una disminución del activo patrimonial.”¹¹¹

En definitiva, y a modo de conclusión, es necesario que este acto jurídico en que no se ha manifestado la voluntad real, sea ejecutada por el deudor sin otra justificación que la de causar perjuicio a los acreedores. Respecto a este último aspecto, es pertinente señalar que, en referencia al elemento subjetivo de la conducta del deudor, se trata abiertamente de un ánimo lesivo que configura su actuar doloso, que se consuma con la concreción de

¹¹¹ BENEYTEZ, L. 2005. Las insolvencias punibles. EN: Derecho Penal Económico (Director Enrique Bacigalupo). Buenos Aires. Editorial Hammurabi SRL. 275p.

este acto en perjuicio de los acreedores, con independencia si a la luz de las normas del derecho civil es válido o no.

11- Responsabilidad civil derivada de los ilícitos concursales.

Estrecha relación con el análisis hecho e los diversos tipos penales introducidos por la Ley 20.720 al Libro Segundo del Código Penal, es la responsabilidad civil que deriva de las insolvencias punibles.

Una corriente doctrinal ha señalado que la acción civil a este respecto, consiste en obtener el reintegro de los bienes que han salido del patrimonio del deudor, o, la anulación de los actos o contratos que hayan recaído sobre los mismos, determinándose de este modo la cuantía, por el valor que estos tengan. Sin embargo, estimamos que el sustento para ejercer una acción civil por este motivo, debe ser otra. En este sentido, para restablecer el orden patrimonial, el Ordenamiento Jurídico ha establecido dos mecanismos concretos, los cuales define el Profesor René Abeliuk, siendo estos, dos acciones muy precisas. Por un lado, la Acción Subrogatoria u

Oblicua, la que consiste en “el ejercicio de los derechos y acciones del deudor por parte de sus acreedores, cuando el primero es negligente para hacerlo”¹¹²; y por otro lado, la Acción Pauliana o Revocatoria, definida como “la que la ley concede a los acreedores para dejar sin efecto los actos del deudor ejecutados fraudulentamente y en perjuicio de sus derechos.”¹¹³, salvaguardando de esta forma el patrimonio del deudor, y con ello, tutelando el Derecho de Prenda General de los acreedores. A su vez, el Profesor Ricardo Sandoval¹¹⁴, señala, en virtud de los artículos 150 y siguientes de la Ley 20.720, otras acciones posibles de ejercer en estos casos, como son las acciones reivindicatorias, resolutoria y el derecho legal de retención, tal y como el legislador concursal ya lo había hecho en la Ley 18.175, en sus artículos 82 y siguientes.

Sin embargo, es necesario hacerse cargo en este acápite de un elemento que ha sido tratado muy poco por la doctrina, y que dice relación con la indemnización derivada del perjuicio ocasionado por el actuar delictivo del agente concursal, sujeto activo de las conductas descritas.

¹¹² ABELIUK, R. 2008. Las Obligaciones. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 5ª edición. 765p.

¹¹³ ABELIUK, R. op. Cit. 777p.

¹¹⁴ SANDOVAL, R. op. Cit. 279p.

El Magistrado del Tribunal Supremo de España, don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, en su ponencia llamada, “*Insolvencias Punible, los delitos de alzamiento de bienes*”, sintetiza de forma precisa éste hecho:

“La consecuencia inmediata es que la indemnización civil solo puede referirse a dos aspectos. En primer lugar, la restauración del orden jurídico afectado por los actos ilícitos realizados sobre los bienes del deudor, lo que se consigue mediante la anulación de las operaciones realizadas reponiendo la situación anterior al hecho delictivo”, [...], “Y, en segundo lugar, la indemnización de los perjuicios que se le hayan causado a los acreedores como consecuencia de las actuaciones que hayan tenido que ejecutar para evitar el perjuicio definitivo de sus créditos.”

Parece muy acertado el planteamiento anterior, puesto que con ello se busca efectivamente reparar de forma económica el mal causado, y restituir de forma íntegra el orden establecido, vulnerado con la conducta ilícita del deudor. De esta misma opinión son Bajo Fernández y Bacigalupo¹¹⁵, para quienes la indemnización debe comprender sólo los perjuicios

¹¹⁵ BAJO FERNANDEZ, M y BACIGALUPO, S. 2001. Derecho Penal Económico. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 391p

efectivamente ocasionados, no así la cuantía de los bienes de los que se trate. Limitar el perjuicio económico al avalúo de los bienes o actos objeto de los ilícitos, es limitar también los delitos de insolvencia al concepto del alzamiento de bienes, lo que, cómo se vio anteriormente, es incorrecto, puesto que dichas conductas van más allá de ocultar o fugarse con bienes, sino que incluyen conductas mucho más prolijas como la falsedad instrumental, o la celebración de diversos actos.

Así las cosas, la obligación de reparar el daño causado se origina con la conducta ilícita, que si bien, se enmarca dentro del cumplimiento de las obligaciones originalmente contraídas, es posterior a ellas, y nace de forma independiente a estas.

En síntesis, para cautelar el interés patrimonial de los acreedores, el ordenamiento cuenta con ambas acciones ya enunciadas; pero, para efectivamente resarcir económicamente el perjuicio causado con la comisión de los ilícitos de insolvencia, es necesario que la acción reparatoria se ejerza dentro del procedimiento que se lleve a cabo para tales efectos, debiendo probarse así, los elementos establecidos para la

procedencia de la responsabilidad por daño, establecidos en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE
INSOLVENCIAS PUNIBLES.

Una de las fuentes de derecho más importante corresponde a la aplicación que los Tribunales de Justicia realizan de las materias en comento. Si bien es cierto, en nuestro sistema jurídico, y a diferencia de lo que ocurre en el Common Law o Derecho Anglosajón, la opinión de nuestros Jueces no sienta precedente, sí es efectivo que su interpretación al momento de decidir sobre un asunto sometido a su conocimiento, nos entrega bases y conceptos sólidos que vale la pena tener en cuenta al momento de referirnos a ellos.

Los delitos de bancarrota no quedan ajenos a esta situación. Como vimos en capítulos anteriores en este trabajo, hay aspectos en los cuales, dentro de los estudiosos del tema, no existe acuerdo respecto de la procedencia de ciertos elementos, o una definición clara de conceptos, los cuales se hacen pertinentes aclarar a través del análisis de casos concretos.

Es por esto que el presente capítulo se aboca a analizar temas puntuales que pudieran ser objeto de discordia, en diversas sentencias que versan sobre insolvencias punibles, y las observaciones y planteamientos que los Jueces de la causa han realizado al respecto. Cabe hacer presente que, dado lo reciente de la reforma en el sistema de concursal nacional, principalmente se tomarán casos en los cuales se han aplicado la Ley 18.175, siempre con miras de revisar principios fundamentales en materia de insolvencia, que trascienden a las modificaciones legales, y que deben tenerse en cuenta al momento de aplicar la nueva tipificación.

1- Aplicación temporal de la ley en materia de insolvencias punibles.

Como se señaló en el capítulo sobre las generalidades de los tipos sobre insolvencias punibles, la Ley 20.720 salva esta situación en sus disposiciones transitorias, encontrándose conteste con lo prescrito en el Código Penal. En este sentido, la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago** ha sido clara al respecto, y conociendo del Recurso de Nulidad, **Rol de Ingreso en Corte N° 2713-2015**, en su fallo de fecha 12 de

Noviembre de 2015, en sus considerandos noveno y décimo, discurre en un contundente el argumento al decir:

“9°) Que aun cuando el artículo Duodécimo transitorio de la Ley 20.720 preceptúa que las disposiciones penales nuevas se aplicarán solo a hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma, y deja a salvo la sobrevivencia del libro IV del Código de Comercio para todos los efectos de la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema de reorganización y liquidación de las empresas y personas, ello es *“sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el art. 18 del Código penal”*”

Esta última norma consagra el principio de aplicación retroactiva en materia penal, solo en caso de resultar la nueva ley más favorable para el acusado.

10°) Que, en relación a la causal interpuesta, del análisis de las normas antiguas que regulaban los delitos cometidos en el régimen concursal y los que ahora contempla la ley de reorganización y liquidación de patrimonio de empresas y personas, es posible advertir cómo se han suprimido

conductas que se penalizaban como propios de quiebra culpable, tal sería el caso de la hipótesis referida al deudor que no ha solicitado su quiebra, conducta que recogía y sancionaba el artículo 219 N°4 como forma de protección al orden público económico.

En cambio, respecto del delito que persigue sancionar la afectación de la correcta administración de justicia regulado en el artículo 219 N°6 de la Ley de Quiebras, es recogido bajo la actual descripción del artículo 463 ter N° 2 del Código Penal.

Es así como el mensaje con el que la Ley N° 20.720 fue remitida al Congreso, destaca la *evidente “inadecuación de los tipos penales ligados a la quiebra. La legislación actual no parece adecuada a las situaciones que en la práctica comercial actual merecen sanción penal, lo que por cierto aumenta el descrédito de la normativa concursal y exige modificaciones de peso que el proyecto trata”*.

En consecuencia si bien la Ley N° 20.720 ha eliminado casi en su totalidad el estatuto sancionatorio sobre las hipótesis de quiebra culpable, ha dejado sobreviviente a través de un delito general, la referida a ejecución de actos y contratos realizados en un periodo sospechoso ampliado

temporalmente que produzca la disminución de su activo o aumente su pasivo sin otra justificación económica o jurídica que la de perjudicar a sus acreedores.

La obstrucción a la labor del Síndico se mantiene como conducta sancionada pero ahora referida a las actividades que entorpecen el trabajo del Liquidador, asimilándose a la figura del numeral 6 de la antigua norma, hoy derogada.”

2- Calidad del sujeto activo en las conductas de insolvencia punible.

A lo largo de este trabajo, y con motivo del análisis de los tipos penales en estudio, se expresó que en esta materia nos encontramos ante lo que se ha denominado “delitos especiales propios”, concepto que fue definido en su oportunidad, y que se refiere a la calidad especial que debe ostentar el sujeto activo de las conductas, esto es, en la gran mayoría de los casos, el deudor. Es menester destacar que este concepto no ha sido sólo una construcción doctrinal, sino que también ha sido el criterio de aplicación

legal que han realizado los Tribunales de Justicia de nuestro país, como se verá a continuación.

Así las cosas, y en lo que a este punto respecta señalar, el **Tercer Tribunal de Juicio Oral de Santiago**, en fallo de fecha 20 de Junio de 2016, en **Causa RIT 86–2016**, estableció en uno de los párrafos de su considerando Undécimo, al hacerse cargo del análisis de los elementos de la insolvencia punible sometida a su conocimiento, “Que, el segundo requisito a establecer, es el hecho de haberse declarado judicialmente la quiebra de un **deudor calificado, es decir, que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, según lo establece el artículo 218 en relación al artículo 41 del Libro IV del Código de Comercio**, lo cual fue un aspecto no controvertido por los intervinientes y que se concluye de prácticamente la totalidad de la documental aportada en juicio, a modo de ejemplo, del documento N°2 contrato de factoring celebrado entre Factorline – Actual Tanner Servicios Financieros – y Andes Chile S.A., cuya clausula primera se establece como giro del cliente “comercio al por menor de artículos deportivos”, y **documento N°52** ord. N°400 del Servicio de Impuestos Internos – SII -, de fecha 12 de febrero de 2016, remitiendo información al Ministerio Público respecto de los contribuyentes Gonzalo

José Oyanedel Guzmán RUT 6.069.861-9; Andes Chile S.A. RUT 76.273.063-4; distribuidora Cordillera S.A. RUT 76.073.653-8, y Gonzalo Oyanedel Guzmán Inversiones Empresa Individual RUT 76.257.271-0, en lo pertinente punto iii), dispone “En relación con la Sociedad DISTRIBUIDORA CORDILLERA S.A. RUT N° 76.073.653-8, se comunica que este contribuyente registra inicio de actividades en el siguiente giro: 14 de octubre de 2009, comercio al por menor de artículos deportivos, afecta a IVA”, ratificando lo razonado la sentencia que declaró la quiebra aportada como **documento N° 11** en su considerando 3° “Que se trata en la especie de una sociedad anónima, cuyo giro es la actividad comercial”.

En esta misma línea de pensamiento, la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción**, con fecha 19 de marzo de 2015, resolviendo el Recurso de Apelación en Causa Rol N° **126-2015**, deducido en contra de la resolución que acogió el sobreseimiento definitivo, nos clarifica la situación, poniendo en perspectiva ambos marcos normativos, por un lado, la Ley 18.175, y la legislación actual Ley 20.720, para el caso específico de la hipótesis de alzamiento de bienes, señalando:

“QUINTO: Que, el artículo 466 inciso 2° del Código Penal, tipifica el delito de alzamiento de bienes, en los siguientes términos "El deudor no dedicado al comercio que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o que se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados". En el inciso segundo agrega "En la misma pena incurrirá si otorgare, en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados". El inciso primero ha sido modificado, en cuanto al sujeto activo, por la Ley N° 20.720, publicada en el Diario Oficial, en los siguientes términos. "La persona deudora definida en el número 25) del artículo 2° de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Persona...".

El delito es de aquellos que en su texto anterior a la modificación, como actualmente, la calidad del sujeto activo no es indiferente, toda vez que exige uno con una calidad definida "deudor no dedicado al comercio" y en lo vigente "La persona deudora definida en el número 25) del artículo 2° de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Persona..." que en el texto de aquella ley corresponde a "Toda persona natural no comprendida en la definición de Empresa Deudora".

Entendiendo por "Empresa Deudora": "Toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del decreto ley N° 824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta."

Ante el cambio legislativo, hemos de orientarnos en la búsqueda del sujeto activo, para concluir si la querrelada cumple o no con tal condición, para luego ir sobre la conducta imputada y analizar si puede orientarse hacia el tipo penal.

Del mero análisis de los elementos vertidos en audiencia, se desprende que el delito es imputado a una sociedad, que ya en su nombre denuncia la calidad de comerciante, en cuanto se denomina "Calzados El Ferrol", pero además, nace a la vida jurídica como consecuencia de la división de otra sociedad de nombre "Calzados del Sur", que tiene su antecedente remoto, en el control que asumieron dos empresarios, en el año 2006, de la sociedad "Calzados Gacel", comprando todos sus activos y pasivos a través de la sociedad "Calzados del Sur". La historia comercial expuesta en la audiencia, que según se dijo, consta en la investigación del Ministerio Público, nos lleva a concluir que se trata de una sociedad comercial, que

aun cuando podría dársele el carácter de deudora, no es el sujeto activo exigido por el tipo, como tampoco se avizora que existan conductas susceptibles de encuadrarse en el inciso segundo de la norma, que castiga al que "otorgare, en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados".

De esta forma, no queda lugar a dudas sobre la vital relevancia de la calidad de deudor del sujeto activo en la comisión de estas conductas punibles, al ser considerados delitos especiales propios, y cómo éste ha sido el criterio de aplicación que nuestros Tribunales han aplicado al momento de juzgar estos hechos.

3- El dolo directo como elemento constitutivo de las conductas tipificadas.

En lo que se refiere a la procedencia del dolo como elemento constitutivo de los tipos penales en materia de insolvencias punibles, hemos sido consistentes, tanto en la parte general, como en la parte especial de este

trabajo, en señalar que su comisión admite sólo la posibilidad a título de dolo directo, dando los argumentos que respaldan esta postura.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia ha estado en conformidad con esta tesis, y será menester de éste acápite mostrar las diversas argumentaciones entregadas.

En la ya mencionada sentencia dealzada en **Causa Rol 126 – 2015**, dictada por la **Itma. Corte de Apelaciones de Concepción**, acoge el criterio señalado por este trabajo respecto a la procedencia únicamente de dolo directo en estos delitos. Nuevamente, en su considerando QUINTO, esta vez, en sus párrafos cinco y seis, nos ilustra la situación de la siguiente manera:

“En efecto, el delito de otorgamiento del deudor de contratos simulados, protege el bien jurídico consistente en la facultad de los acreedores para exigir que el deudor mantenga bienes suficientes donde hacer efectivos sus derechos cuando corresponda, evitando el peligro que quede en insolvencia. El tipo objetivo exige la acción de otorgar un contrato mendaz en cuanto a la manifestación de voluntad del deudor, aparentando un acto que no se ha pensado llevar a cabo o que encubra otra operación de diversa índole y por

cierto exige además dolo directo, descartando el dolo eventual y la culpa. (GARRIDO, Mario: "Derecho Penal. Parte Especial". Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Septiembre de 2002, Pp 295 297).

De lo expresado por los intervinientes, no se avizora que el acto de división de la sociedad "Calzados del Sur" en dos, naciendo a la vida jurídica, la sociedad calzados "El Ferrol", envuelva un contrato mendaz, simulado, con dolo directo, que encubra otra operación de diversa índole, para provocar una insolvencia, por lo que lleva la razón la recurrente al estimar que el hecho investigado no es constitutivo de este delito.”

Así las cosas, se demuestra la particular importancia de la existencia del conocimiento y la voluntad de causar ese daño. La **11^{ta}. Corte de Apelaciones de Santiago**, en **Causa Rol 13359 – 2006**, en sentencia de fecha 28 de Mayo de 2009, señala en su considerando CUARTO, lo siguiente: “Que, del análisis de los autos y subsumidos los hechos en las normas señaladas se observa que ninguna de las dos causales imputadas a la encartada concurre en la especie. En efecto, el artículo 220 en su encabezado expresa: La quiebra fraudulenta es aquella en que hay una intención dolosa del deudor de perjudicar los bienes de la masa en perjuicio

de los acreedores, de manera que por definición, para calificar de fraudulenta la quiebra, resulta indispensable que el fallido haya querido perjudicar a los acreedores para lo cual debe haber intencionalmente desplegado alguna de las conductas que a continuación señala la misma norma.” La misma Corte, en fallo de fecha 29 de Octubre de 2007, Causa Rol 3406 – 2007, en su considerando 8, confirma esta opinión, señalando, “Que es dable entender, para estos efectos, que la quiebra fraudulenta requiere la concurrencia de dolo, de conocer y querer , que la doctrina reconoce como directo, indirecto y eventual. Así, en la hipótesis de quiebra fraudulenta descrita en el número 13 del artículo 220 se requiere la concurrencia de dos o más personas, razón por la cual la ley ha previsto sanciones como autor para el fallido y como cómplice de quiebra fraudulenta, de acuerdo al número 5º del artículo 221, para los terceros.”, extendiendo este criterio también a aquellos que participen de la comisión del delito en la calidad de cómplices.

A mayor abundamiento, y a modo de corolario en este tema, ha sido la **Corte Suprema de Justicia** quien ha resuelto este tema, dejando a un lado aquella doctrina que postula la posibilidad de comisión de los delitos de bancarrota con dolo eventual. De esta forma, conociendo del Recurso de

Casación Fondo en materia criminal, **Causa Rol 29081 – 1992**, el cual versa sobre la calificación de la quiebra de Inversiones FyH S.A., es el máximo Tribunal el que, mediante sentencia de reemplazo de fecha 9 de Noviembre de 1994, exige, como requisito del tipo de insolvencia, un conocimiento material sobre el alcances de las conductas realizadas, descartando cualquier otra posibilidad que no sea el dolo directo, razonando de la siguiente forma:

“Que si bien el Sr. Fiscal en su dictamen de fojas 1.441 es de opinión de revocar el fallo en estudio, las razones que da para ello consisten, únicamente, en el alto endeudamiento de la sociedad fallida, endeudamiento que en un porcentaje de un 70% se habría destinado a financiar sociedades relacionadas, operaciones que se habrían hecho sin garantías reales o personales y mediante traspasos en cuenta corriente. Además sostiene que los procesados en razón del conocimiento que suponen deberían haber tenido por las funciones que desempeñaban, habrían incurrido en dolo. No obstante esas apreciaciones son insuficientes para desvirtuar las razones y situaciones que en extenso se plantean y analizan en la sentencia recurrida, en particular en sus numerandos noveno y décimo, donde se explica el sistema que en forma generalizada se empleaba en aquella época por los

distintos grupos económicos; tampoco se controvierte el análisis que en su demás numerandos hace el sentenciador de los peritajes evacuados y de su apreciación. Finalmente, del conjunto de los antecedentes de esta causa no se puede inferir que la insolvencia de la fallida se haya debido a una situación diversa a aquella que claramente se señala en los libros de contabilidad, y en las declaraciones de sus ejecutivos, pues tanto la documentación examinada durante el proceso como las indagatorias de los acusados han sido armónicas en cuanto a señalar esas razones; y tampoco hay elementos de prueba en el proceso que permiten concluir que los procesados actuaron con el dolo inherente al tipo penal objeto de la acusación, la mera probabilidad de un conocimiento de la difícil situación financiera de la empresa es insuficiente para darlo por establecido.”

4- Naturaleza y aplicación de la indemnización por los delitos de insolvencia.

Un último tema a tratar corresponde a la indemnización que procede por el daño causado con la realización de alguna de las conductas tipificadas

como insolvencia punible. En este sentido, y se comentó en su oportunidad, parte de la doctrina se inclina a incluir dentro de la valoración de los perjuicios causados, el monto de los bienes ocultados, o de los contratos simulados, etc., dependiendo de la conducta típica realizada. Sin embargo, dados los argumentos ya expresados, nos inclinamos a postular que la cuantía de la indemnización que se puede deducir con ocasión de la comisión de los delitos de insolvencia corresponde al perjuicio efectivamente causado con el accionar del sujeto activo, esto también motivado en que no todas las conductas descritas en los tipos tienen que ver con actos patrimoniales, sino que se contempla, por ejemplo, aquella descrita en el art. 463 ter, sobre llevar o conservar información comercial y contable, puesto que, además, existen otras acciones posibles de entablar a ese respecto.

En concordancia con los argumentos planteados en este trabajo, ya mencionados, cito la sentencia de reemplazo dictada por la **Excma. Corte Suprema**, de fecha 26 de abril de 2007, quien conociendo del Recurso de Casación en el fondo en materia criminal sobre la calificación de la quiebra de Manuel José Ugarte Godoy, en **Causa Rol 2159 – 2005**, establece a este respecto, lo siguiente:

“3º- Que, la acción civil de indemnización de perjuicios que se inserta en el proceso penal, debe tener como fundamento los daños y perjuicios causados con ocasión de la comisión del hecho punible, como claramente lo establece el artículo 2.314 del Código Civil, sobre cuyos alcances y fundamentos se ha razonado en el considerando undécimo de la sentencia de casación, que se tiene para efectos de este fallo, como parte integrante de éste.

Queda así establecido, que esos daños y perjuicios son los causados por el delito o cuasidelito cometido, como lo expresa el artículo 1.437 del Código del Ramo, la obligación de indemnizar en comento es aquella que nace de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona como en los delitos o cuasidelitos, siendo en consecuencia la fuente de la obligación, los mencionados delitos o cuasidelitos.

En este caso, el hecho punible está constituido por el delito de quiebra culpable por el cual el acusado ha sido condenado, y es de este hecho que deben surgir los daños y perjuicios que pueden demandarse en el proceso penal, no otros para los cuales existen otras vías procesales;

4º- Que, queda en evidencia, que lo demandado deriva de vinculaciones de carácter contractual, que dicen relación con los efectos de las obligaciones que se tratan en el Título XII, del Libro IV del Código Civil, y que tienen su origen en contratos y/o convenciones de esa clase celebrados entre acreedores y deudores, en cambio las obligaciones derivadas de la comisión de ilícitos se rigen por las reglas que contempla el Título XXXV del mismo Libro y Código.

En el primer caso, es menester la declaración en mora del deudor, en cambio, en la materia relativa a la responsabilidad extracontractual, el autor de un delito o cuasidelito queda obligado a indemnizar el perjuicio que causó por la sola comisión del hecho ilícito que es su fuente, o sea el principio que genera la obligación de indemnizar, como lo hemos dicho anteriormente, radica en el hecho que ocasiona daño y que la ley obliga a reparar. Resulta entonces improcedente la solicitud de pago de intereses moratorios, que se pretenden por la actora civil, revelándose, claramente, que lo pedido es consecuencia de obligaciones contractuales y no de origen extracontractual.”

CAPÍTULO 5: DERECHO COMPARADO. EJEMPLOS DE INSOLVENCIA PUNIBLE EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

Como se señaló al comienzo de este trabajo, el fenómeno de la insolvencia es inherente a la actividad económica, y a consecuencia de ello, también a todo sistema legal. La falta de capacidad para hacer frente el deudor a sus obligaciones, es una situación que se da normalmente dentro de cualquier ordenamiento, con independencia de si este deudor insolvente es de aquellos dedicados al comercio o no. Así las cosas, los delitos de bancarrota se pueden encontrar en todas las legislaciones.

Las características de la regulación criminal de la bancarrota, varían según el modelo que cada país haya establecido para la regulación de la insolvencia, tomando en cuenta factores como, la influencia del Estado en los procedimientos, la influencia de los acreedores, e incluso, la misma finalidad que estos posean, tendiendo algunos a la liquidación del fallido, mientras que otros, a su rehabilitación. A mayor abundamiento, ya el hecho de que una legislación se adscriba a la corriente del Common Law, o a la de

Derecho Continental, provoca diferencias sustanciales en los modelos normativos.

En el desarrollo de éste capítulo, haré un somero análisis de los sistemas punitivos de la bancarrota en diversos países, para entender de este modo, de qué forma, cada uno de ellos, busca dar respuesta sancionadora a quienes incurran en estas conductas ilícitas relacionadas con la insolvencia y el incumplimiento de las obligaciones.

1- España.

Los delitos de insolvencia se encuentran tipificados en el derecho ibérico, en los artículos 257 y siguientes del Código Penal.

Es pertinente declarar que existen dos figuras básicas a tratar a este respecto. Por una parte, se establece la figura del alzamiento de bienes, y por otra, la de las insolvencias punibles, diferencia que radica en el hecho de que, en el caso del alzamiento, los requisitos de aplicación de la figura son sustancialmente menores, puesto que no se contempla como requisito

de procedencia la iniciación de un procedimiento concursal, sino que sólo es necesario que se busque frustrar la ejecución del deudor. Sintetizando las características de este delito en la legislación española, se puede decir que:

“Tal como ha quedado expuesto el alzamiento de bienes es la figura central, desde el punto de vista práctica, del capítulo de las insolvencias punibles. Sus rasgos principales son los siguientes: a) Puede ser cometido por cualquier acreedor, no diferenciándose la penalidad según si se trata de comerciantes o consumidores. En ambos casos la pena es prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. El alzamiento de bienes de un “particular” o de un comerciante individual, es tratado con el mismo rigor que el alzamiento que tiene lugar dentro de una gran empresa. b) Es un delito de peligro, que no exige la efectiva causación de un daño patrimonial. Debido a esta estructura no constituye desistimiento, sino simplemente una causa de atenuación de la pena, el pago voluntario por parte del deudor que previamente se ha alzado con los bienes. c) La conducta típica es extraordinariamente amplia. Por “alzarse” se entiende tanto la ocultación física, como la ocultación jurídica de los bienes. En el tipo subjetivo se requiere dolo directo.

d) Protege a todo tipo de acreedores público (vgr. Hacienda pública, Seguridad Social) y privados, y posee un campo muy importante de aplicación en la salvaguarda del derecho de crédito salarial y la protección de los derechos patrimoniales de los trabajadores. e) Es independiente de la existencia de un proceso concursal.”¹¹⁶

De esto último se extrae el motivo de la preferencia en la aplicación de esta figura, en desmedro de las figuras incorporadas a dicho código, en el Capítulo VII Bis “De las insolvencias punibles”, como las de los artículos 259 y siguientes, en las cuales se destaca la necesidad de que el deudor imputado por estos delitos se encuentre en una “situación de insolvencia actual o inminente”. En el apartado 4 del artículo 259 se establece, “*Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado en concurso*”, adicionando así un requisito de punibilidad de las figuras, las que ya establecen conductas determinadas, que si bien pueden tomarse de forma bastante abiertas, no dejan de ser un catálogo establecido, similar a lo que ocurría en nuestro país bajo el amparo de la Ley 18.175; sin embargo,

¹¹⁶ NIETO MARTÍN, A. 2007. Insolvencias punibles. España. Revista Penal 19. Wolters Kluwer España, S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla 198p.

se destaca el hecho de el legislador español, admite abiertamente, la posibilidad de cometer las citadas conductas con culpa, dando cabida así a la negligencia del deudor, reduciendo considerablemente la pena asignada para la comisión de dicha conducta, lo que no ocurre, como se dijo en el capítulo respectivo de este trabajo, con la legislación nacional vigente.

A su vez, en general, el artículo 260, establece sanción a actos de disposición patrimonial, que carezcan de una justificación económica, es decir, que no exista una subrogación entre ésta y el beneficio obtenido, como podría ser pagar créditos que no son exigibles al deudor, así como privilegiar a unos acreedores sobre otros sin justificación alguna.

También cabe resaltar la circunstancia establecida en el apartado 2 del artículo 259, en que, además de las conductas descritas en el punto anterior de dicho artículo, añade una sanción al caso en que sea el mismo deudor quien se pone la mencionada situación de insolvencia, acto completamente contrario a la buena fe que rodea a todo el derecho.

Otra situación que conviene destacar de la esta legislación concursal penal, corresponde a lo que doctrinalmente se ha denominado como “deberes de información”. En este sentido, el legislador español no ha

querido dejar fuera esta situación, sancionando a través del artículo 261, al deudor que, a sabiendas, proporcione datos falsos relativos al estado contable.

Por último, no es posible dejar fuera de éste trabajo un elemento que me parece relevante para tenerlo en miras de una futura legislación nacional, y que corresponde a la responsabilidad de las personas jurídicas. Ya el Código Penal español, en su artículo 31 bis, indica los casos en que se le atribuye responsabilidad a estas instituciones. Para estos efectos, el artículo 261 bis de dicho cuerpo normativo, establece una serie de multas, cuyos montos van variando dependiendo de la pena privativa de libertad a la cual sería sometido si se tratara de una persona física, lo que a juicio personal, no solo constituye una novedad, sino que además, una regla de profunda utilidad social, mirando hacia el daño social que provocan estos delitos, teniendo también un carácter de prevención.

2- Argentina.

En la República Argentina, los delitos de insolvencia se encuentran regulados en el Capítulo V del Título VI del Libro Segundo del Código Penal, denominado “Quebrados y otros deudores punibles”, marcando desde ya una diferencia con otros sistemas concursales, puesto que dicha designación, no se relaciona con los hechos punibles, sino que más bien, con la calificación que se le dará al autor de estas conductas, lo que no ocurre en otros sistemas.

En un primer momento de análisis se hace pertinente indicar que, una de las características primordiales del sistema transandino es que contempla, para el deudor que ejerce la actividad comercial, un tipo penal de “quiebra fraudulenta” (Art. 176, con figuras como la simulación de actos de disposición patrimonial, el alzamiento de bienes, o la concesión de ventajas indebidas al deudor); así como el tipo de “quiebra culpable” (Art. 177, considerado así al deudor dedicado al comercio que causa su propia quiebra, y que perjudica a sus acreedores, con gastos excesivos y otras actitudes abiertamente negligentes.)

Sin embargo, el deudor no dedicado a la actividad comercial tampoco queda a salvo de esta regulación, puesto que el art. 179, encargado de sancionar esta situación, establece penas a éstos por haber incurrido en las conductas reguladas para las quiebras fraudulentas de los deudores comerciales, remitiéndose de éste modo al art. 176, pero atenuando la cuantía de la pena. Posteriormente, en el inciso segundo del art. 179, se establecen penas también para éste deudor no comerciante que, “destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor”.

A nuestro juicio conviene destacar el art. 178 del código punitivo argentino, como se observa, sanciona a los directivos o quienes ostenten posiciones de mando, para los casos en que el deudor sea una persona jurídica. Sin embargo, no se limita a éstos sujetos determinados, sino que abre el abanico a otros, como son los contadores de la empresa, los síndicos, miembros de la junta fiscalizadora o vigilancia, lo que hace resaltar la idea de sancionar a todos los agentes involucrados dentro del procedimiento concursal en el cual se cometan estas conductas ilícitas.

Un último elemento corresponde a la figura de la “colusión”, establecida en el artículo 180, respecto al otorgamiento de concursos realizados de forma fraudulenta, estipulando ventajas indebidas para un acreedor o un tercero.

A modo de corolario, y pese a la diversidad de figuras que integran la regulación de la bancarrota argentina, se debe señalar “la caracterización de toda insolvencia punible como un delito propio: es sujeto activo el titular del patrimonio demandado en el proceso o afectado por una sentencia condenatoria, que afecta con su conducta –dolosa o culposa- la incolumidad de tal patrimonio como prenda común de los acreedores; o bien, en el caso de quiebra de personas jurídicas, quien obrare o cooperare en la ejecución de los actos prohibidos ostentando alguna de las calidades señaladas en los ya consignados artículos 178 y 180 del código de fondo.”¹¹⁷

¹¹⁷ NIÑO.L. 2007. Insolvencias punibles. Argentina. Revista Penal 19. Wolters Kluwer España, S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. 185p.

3- Alemania.

La *bankrott*, o bancarrota se condensa en la Sección Vigésimocuarta del Código Penal alemán, llamada “Hechos punibles de quiebra”, contemplando cinco figuras, las que son “Bancarrota” (§283); “caso especialmente grave de bancarrota” (§283 a); “Violación de llevar contabilidad” (§283 b); “Favorecimiento de acreedores” (§283 c); y finalmente, “Favorecimiento de deudores” (§283 d).

En términos generales, y para caracterizar el sistema alemán, cito las palabras del académico de la Universidad de Friburgo, Martin Paul Wassmer, quien acertadamente, realiza una síntesis del sistema concursal punitivo vigente en el país germano, señalando lo siguiente:

“Un primer elemento estructural de todos los delitos de insolvencia del Código Penal es la realización de una *conducta de bancarrota* que o bien se ejecuta durante una crisis económica o bien la ocasiona (§ 283 II StGB), aunque excepcionalmente puede también ser independiente de una crisis (§283b StGB). Un segundo elemento estructural es, como condición objetiva de punibilidad (§§

283 VI, 283b III, 283c III, 283d IV), la verificación del *colapso de la empresa*. La empresa debe haber cesado sus pagos o bien debe haberse abierto un procedimiento de insolvencia sobre su patrimonio o haberse rechazado la solicitud de apertura por falta de masa, pues una intervención penal antes de ese momento a menudo tendría efectos más perjudiciales que si se espera. Como tercer elemento estructural debe darse, conforme a la opinión ampliamente dominante, que considera necesaria una reducción teleológica, una cierta *relación* entre la conducta de bancarrota y la condición objetiva de punibilidad, porque en ausencia de esa relación falta la necesidad de pena, del mismo modo en que falta si no se produce el colapso de la empresa. Respecto del *círculo de posibles autores*, todos los delitos, con excepción del § 283d StGB, se refieren al deudor o a las personas que actúan en su lugar de acuerdo con el § 14 StGB, como los gerentes, directores o síndicos, y en presencia de testaferros, también a los responsables de hecho.”¹¹⁸

¹¹⁸ WASSMER. M. 2007. Insolvencias punibles. Argentina. Revista Penal 19. Wolters Kluwer España, S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. 180p.

Respecto de la figura de la bancarrota propiamente tal de §283, y de forma a priori, en el punto 6 de dicha sección, el Código Punitivo alemán establece una regla de punibilidad, que consiste en que, ésta figura, sólo será punible en los casos en que el autor haya suspendido sus pagos o cuando se haya abierto el proceso de la quiebra o la solicitud de apertura haya sido rechazada por falta de masa. Continuando, se contemplan ocho hipótesis de conductas que realiza el deudor que se encuentra en excesivo endeudamiento, o el cual se encuentra en incapacidad de pago, e incluso, esta incapacidad sea una amenaza, estas conductas van desde el ocultamiento de bienes, la simulación de actos o la enajenación de bienes a precios irrisorios, pasando por incurrir en gastos excesivos y sin justificación, hasta incluso, no llevar de forma ordenada la información contable a la cual está obligado. Agrega en el N°2 de dicha sección la tipificación de la conducta del deudor que provoca su propia insolvencia, asimilándolo a la pena a las anteriores.

Vale la pena destacar de esta sección que el legislador germano establece la posibilidad de sancionar la tentativa de bancarrota, e incluso, hipótesis de bancarrota culpable, para los casos en que la solvencia del deudor se desplome por mera imprudencia o desconozca sobre los hechos por los que

tuvo lugar esta situación, atenuando de esta forma la pena asignada para la figura principal.

En los casos en que el deudor realice las conductas descritas en el §283 incisos 1 a 3, (siendo un catalogo no taxativo, al legislador hablar de ellas como “regla general”), con ánimo de lucro, o de forma deliberada, poniendo en peligro la situación económica de personas cuyos valores se le han encargado, se establece una tipificación calificada en §283a, aumentando considerablemente la penalidad, atendida la gravedad del hecho, en un claro gesto de la política criminal alemana de sancionar este delito cuyo resultado puede llegar a atacar intereses sociales relevantes.

Para cerrar, el Código Penal alemán establece dos figuras relativas a la obtención de ventajas indebidas, como son el favorecimiento de acreedores (§283c), y el favorecimiento de deudores (§283d). En lo que respecta a los acreedores, se trata de casos en los cuales el deudor, conociendo su estado financiero, concede ventajas a alguno de sus acreedores, el cual, no se encuentra en ese momento en posición de exigirla, poniéndole en una irregular posición privilegiada por sobre el resto. En el segundo caso, de forma muy sintética, se explica de la siguiente forma:

“El §283d StGB busca proteger el conjunto de los acreedores de la reducción de la masa por parte de *terceros* ajenos a la relación que, con el consentimiento o en beneficio del deudor que se encuentra en una crisis económica, realizan conductas típicas en los términos del §283 I N°1StGB, esto es, hacen desaparecer, ocultan, destruyen, dañan o inutilizan porciones patrimoniales. La relevancia práctica del tipo es mínima, porque su descubrimiento es difícil y a menudo se dará participación en una bancarrota.”¹¹⁹

4- Italia.

Como se dijo al principio de éste trabajo, la legislación itálica ha sido base para la creación de las normas encargadas de reglar los sistemas concursales en general. Y es que el desarrollo del comercio y la banca en las ciudades estado italianas requirió de la creación de una normativa que

¹¹⁹ WASSMER. M. 2007. Insolvencias punibles. Alemania. Revista Penal 19. Wolters Kluwer España, S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. 183p.

diera una solución a los conflictos surgidos con ocasión de estas actividades. De esto se deduce la gravitante importancia de su legislación.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones analizadas, incluyendo la nacional, el Ordenamiento Jurídico italiano le encarga el tratamiento del estatuto de la insolvencia a una ley especial, fuera de todo otro marco normativo. Específicamente, se regula de forma completa en el *Regio Decreto 16 Marzo 1942 n.267*, llamado coloquialmente “*legge fallimentare*”.

La reglamentación de los delitos de bancarrota corresponde a una serie de hipótesis de conductas que se centran en la persona del deudor dedicado a la actividad mercantil, siendo éste, el principal sujeto activo de los tipos establecidos en dicha norma, que la doctrina ha denominado como “bancarrota propia”. En lo que respecta a los casos en que se trate de personas jurídicas, sólo se asigna responsabilidad penal por dichos actos a los altos mandos, administrativos, y en general, a quienes tengan posiciones de poder en el manejo de sus negocios, que doctrinalmente se han denominado “bancarrota impropia”, a través de normas de reenvío a las

conductas anteriormente mencionadas, siendo este hecho, el reenvío de normas, una tónica presente en todo el derecho concursal italiano.

La doctrina itálica ha agrupado estos delitos según dos criterios que parecen relevantes de hacer mención: 1) según si su comisión es anterior o posterior a la sentencia que declara el concurso, clasificándose así en pre y post concursales; 2) según el sujeto activo de la conducta. Como se dijo anteriormente, los delitos concursales en el derecho italiano se enfocan en el deudor, siendo este el actor por antonomasia, pero también se incluyen tipos penales para sancionar a personas que no corresponden a la persona del quebrado. Respecto de las figuras tipificadas para la persona del fallido, es decir, de bancarrota propia, podemos decir que se realiza la clásica división entre las conductas fraudulentas, del Art. 216 de la *legge fallimentare*, incluyendo conductas que atenten en contra del patrimonio del mismo fallido, por haber *distraído, ocultado, disimulados, destruido o disipado en todo o en parte sus bienes, o bien, con la finalidad de causar perjuicio a los acreedores, haya expuesto o reconocido pasivos inexistentes*, como reza el art. 216 N°1; así como también vulnerando la información que debe llevar, como todo agente comercial, sobre sus finanzas y estado contable, del art. 216 N°2; y por último, las preferencias ilícitas entre sobre el resto de los

acreedores, realizando pagos o simulando títulos de prelación, al tenor del art. 216 n°3 de la ley concursal. Sin embargo, existe otro catálogo de conductas de este deudor mercantil, en las que, si bien también se pueden castigar a título de dolo, tiende a incurrirse por negligencia o culpa, por lo que se les ha denominado “*bancarrota simple*”, divididos también en tres categorías, A) las que atacan el patrimonio del deudor a través gastos excesivos, gastos imprudentes, agravar su propia insolvencia, o no solicitar su propia declaración en concurso (Art. 217 N°1. 1-4); B) los casos en que el deudor no ha llevado o conservado de la manera establecida en la ley, los libros y documentos contables, en un periodo determinado de 3 años anteriores al concurso (Art. 217 N°2); y, C) el incumplimiento de los términos estipulados en el concordato (Art. 217 N°1.5).

En lo que respecta a delitos concursales cometidos por personas distintas del deudor, destaca el Art. 223, designado como “*bancarrota fraudulenta impropia*”, siendo aquellos cometidos por los administradores de las sociedades, directores generales, auditores internos, y liquidadores de sociedades declaradas en concurso que hayan incurrido en alguna de las conductas establecidas en el art. 216, como son provocar la insolvencia de dicha sociedad.

5- Perú.

El Código Penal peruano regula las insolvencias punibles a través del Capítulo I de su Título VI, denominado “Atentados contra el sistema Crediticio”, correspondiendo a los arts. 209 a 213 inclusive. Desde ya, vale la pena señalar, y para clarificar mejor el análisis, que para la ley peruana, el sujeto activo de las conductas descritas en los artículos enunciados, no corresponde exclusivamente al deudor. Se extiende esta calidad también a aquellos que los representen o administren su patrimonio. Otro elemento importante para entender los delitos de bancarrota en el derecho peruano, es que la tipificación de estas conductas tiene un marco o contexto definido, y este corresponde a que su comisión se ve supeditada a que se estén llevando a cabo alguno de los cinco procedimientos concursales que la ley establece, como condición *sine qua non*. A saber, estos procedimientos son: Procedimiento de Insolvencia, Procedimiento Simplificado, Concurso Preventivo, Procedimiento Transitorio, y otros que tienen la finalidad de reprogramar deudas.

Para empezar, el art. 209, establece la denominada “insolvencia fraudulenta”, atendido el carácter de dolosas que tienen las conductas, puesto que van en directo perjuicio de acreedores. Las conductas descritas en este artículo son tres: 1) ocultar bienes; 2) simular, adquirir o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; y 3) la realización de actos disposición patrimonial, o que generen obligaciones, para favorecer a algún acreedor, o retardar el pago a otro. En este último punto, cuando existe acuerdo entre el deudor y el acreedor beneficiado para realizar estos actos, el legislador peruano sanciona a ambos agentes como autores.

Por contrapartida, el art. 210 del código punitivo peruano, instaura la figura de la insolvencia culposa, de una forma muy poco prolija. En este sentido, el legislador sólo encarga de remitirse a las conductas descritas en el artículo precedente, limitándose a señalar una pena menor para los casos en que se cometan dichos actos ilícitos.

En lo que respecta a la veracidad de la información, elemento que, como se puede apreciar, es tangencial a todas las legislaciones concursales que se han analizado, el país vecino se encarga de sancionar, mediante el Código Penal, con su art. 211, los casos en que se utilice información falsa para

mostrar un estado patrimonial que no es real, para suspender la exigibilidad de obligaciones del deudor, así como también sanciona la simulación de obligaciones a través de estos mismos artilugios.

Quizás un elemento distintivo, que a nuestro juicio es muy positivo a la luz de plantearse como una propuesta interesante de reforma legal para perfeccionar el sistema chileno, es esta especie de delación compensada que establece el artículo 212 del Código Penal peruano. Es sumamente rescatable que la política criminal del Perú haya tomado la utilidad que brinda este precepto, para una efectiva persecución penal de estos delitos. Este artículo incluye una rebaja sustancial de la pena, e incluso, su eximición, si la información que la persona entregue dentro de la investigación, o ya iniciado el proceso penal, permita: 1) evitar la continuidad o consumación del delito; 2) conocer las circunstancias de su comisión y la identidad de los autores y partícipes; 3) conocer el paradero de los bienes del deudor, y restituirlos posteriormente a su patrimonio.

Para finalizar, contempla una norma procesal, en la que establece que los juicios por los delitos del capítulo en comento sólo podrán iniciarse por acción privada del sujeto pasivo de los mismos ante el Ministerio Público.

Sin embargo, se deja a salvo la posibilidad de que, en los casos en que no exista otra denuncia, el INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual), organismo encargado de supervigilar los procedimientos concursales, similar a las funciones que ejerce nuestra Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, podrá iniciar el procedimiento y hacerse parte como interviniente en aquellos que no haya iniciado.

6- Estados Unidos de América.

Los Estados Unidos de América es sin lugar a dudas, uno de los países con más preponderancia económica a nivel mundial. Pocos son los rincones del planeta en los cuales no ejerza su influencia en la actividad comercial, ya sea como Estado, es decir como políticas públicas, o sus privados, siendo de notorio conocimiento la enorme cantidad de transnacionales que tienen su origen en dicho país.

El derecho de insolvencias norteamericano es de una naturaleza diversa a los sistemas que anteriormente se explicaron en este capítulo, y muy distante de la legislación nacional también. No bastando con ser un ordenamiento jurídico que se enmarca dentro de la tradición del Common Law, lo cual ya hace distinta la forma de legislar, el hecho de tratarse de una república federal, dificulta aún más las cosas, esto a raíz de que, si bien existe una regulación unitaria para todo el país, es también cada Estado, que de forma autónoma, realiza su legislación local al respecto, siendo ésta la que sienta las bases para la aplicación de las normas federales. De hecho, es un mandato constitucional el que otorga la facultad al Congreso para promulgar leyes uniformes para el país en materia de insolvencias. De otra forma, podrían darse casos en que en un Estado no se reconozca una bancarrota declarada por otro.

Ya un atisbo de diferencias con el derecho continental lo hayamos en la finalidad de los procedimientos concursales. Para el derecho anglosajón, deja de ser un ideal preponderante la liquidación del deudor, y el posterior pago de los acreedores, para pasar a tener tanta o más importancia la rehabilitación del deudor y su retorno a la vida económica, tendiendo de esta forma, a la liberación de las deudas.

La Ley de quiebras estadounidense ha sido dividida en diversos capítulos, cada uno de ellos tratando materias distintas relacionadas con la insolvencia, siendo quizás los más importantes o más utilizados, el Capítulo VII, que trata sobre la liquidación de los deudores; y, el Capítulo XI, que versa sobre la reorganización de las sociedades venidas en quiebra.

Sin embargo, y pese la existencia de esta prolija legislación en materia concursal, “la Ley de Quiebras no contiene disposiciones penales. La quiebra no es un delito federal. Los actos delictivos por el deudor antes de la quiebra pueden motivar que se ejercite la acción penal en su contra conforme a las disposiciones del Código Penal local aplicable. El Código Penal de los Estados Unidos tiene cuatro artículos que tratan de la administración de la quiebra. De acuerdo con el Código federal, podrá perseguirse penalmente la ocultación de bienes, el juramento en falso y la falsedad en los créditos, el cohecho, el abuso de confianza por los síndicos, interventor y otros funcionarios, interés adverso y conducta indebida del árbitro de la quiebra y otros funcionarios y arreglos de honorarios en los juicios de quiebra.”¹²⁰

¹²⁰ NADELMANN, K. 1962. La Quiebra en el derecho Norteamericano (Traducido por Enrique Helguera). Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. México. D.F. p262.

Así las cosas, realizar un análisis prolijo y detallado de la regulación de las insolvencias punibles en la legislación norteamericana se traduciría en un esfuerzo ingente, al ser menester del trabajo tratar la política criminal de cada uno de los 50 Estados que conforman dicho país, para entender la diversidad de regulación. Es por esto que, y para entregar una pequeña muestra, el estatuto criminal del Estado de Florida, en su Título XLI “*Statute of Frauds, Fraudulent Transfers, and General Assignments*”, trata la insolvencia en la Sección 103 del Capítulo 726 “*Fraudulent Transfers*”, en donde entrega una serie de definiciones de casos en que el deudor se encuentra en insolvencia. Posteriormente, en la Sección 105 y 106, establece los casos en que se considera fraudulenta la transferencias de bienes del deudor, siendo éstas cuando se busca con ellas dificultar, tardar o estafar a alguno de los acreedores, o también cuando se realiza sin recibir una contraprestación razonable. De igual forma se agregan casos en los que el deudor contrae deliberadamente deudas que no podrá pagar.

CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo, se analizaron diversos tópicos en relación a los delitos de bancarrota. Su historia, sus alcances, su contenido y su aplicación, han sido parte de lo desarrollado.

Pudimos apreciar la gran evolución del concepto, desde una aplicación que incluía sanciones feroces, que al día de hoy consideramos inhumana, como la tortura o la esclavitud, a regulaciones mucho complejas, que tienden a propender medidas patrimoniales conservativas y disuasivas de las conductas de bancarrota, en miras de una prevención de dichos delitos.

En directa relación con lo antes señalado, se ilustró el cambio de paradigma del concepto del insolvente, quien era considerado en un principio un delincuente por el sólo hecho de caer en insolvencia, derivado desde el mismo término de “fallido”, con máximas como “*decoctor ergo fraudator*”, sin ninguna posibilidad de rendir prueba en contrario. Esta situación, que en la actualidad es impensado, atenta directamente con un principio de inocencia, tan asentado en nuestro ordenamiento. A esto, se debe agregar la abolición de la prisión por deudas, y cómo el avance en

materia de derechos humanos ha tenido repercusión en esta área de la legislación.

Es importante hacer presente también, la inclusión en el proceso concursal de la autoridad, esto, siguiendo la lógica de la importancia social que tiene la actividad mercantil, haciendo necesario que la regulación tome características públicas, en pro de tutelar el interés general, que va más allá del derecho de los acreedores a hacerse pago de sus obligaciones.

Además, se analizó un tema en el cual existe divergencia y que no es baladí estudiar, y que corresponde al bien jurídico protegido con la tipificación concursal. Como se vio en dicho pasaje, va más allá del interés privado en el pago de las deudas, sino que, se busca también cautelar todo un sistema comercial que deposita su confianza en la institución del crédito y en consiguiente cumplimiento de las obligaciones contraídas. En un mundo globalizado e interrelacionado, cualquier fenómeno en contra, afecta al sistema completo, poniendo en peligro al resto de los agentes que confluyen dentro del mundo mercantil, y como consecuencia de ello, a todos los integrantes de la sociedad.

Dentro de las discusiones doctrinales de las cuales se tomó parte en el presente trabajo, es preciso señalar que, con los argumentos dados, se arribó a conclusiones como la necesidad de que las conductas tipificadas como insolvencia punible, se vean enmarcadas dentro de un procedimiento concursal de los establecidos en la ley. De lo contrario, estaríamos en presencia de otros delitos comunes, siendo de esta forma una condición objetiva de punibilidad. En relación con lo anterior, también se analizó la calidad especial del sujeto activo de las conductas, y la importancia gravitante que tiene este elemento al momento de juzgar las conductas ilícitas analizadas, siendo destinatario principal el deudor sometido a un procedimiento concursal. Una última discusión, y quizás la que más divergencias trae es aquella referida al elemento subjetivo en los delitos estudiados, en particular, el dolo como elemento constitutivo del tipo penal. Se presentaron en su momento los argumentos necesarios para establecer la necesidad de su concurrencia, siendo requisito la plena voluntad y el conocimiento pertinente para la ejecución y perfección de los ilícitos, dejando de lado meras probabilidades o expectativas en su realización.

Con el estudio pormenorizado del articulado incluido en el Código Penal chileno con la promulgación de la Ley 20.720, se analizaron los elementos

constitutivos de cada una de las figuras, y se trató de entregar herramientas para su entendimiento e interpretación. Cabe señalar, que dado reciente de la nueva regulación, es un tema que no ha sido estudiado más en profundidad por la doctrina nacional, debiendo entonces acudir en gran parte del trabajo a fuentes como doctrina extranjera, las Actas de la Ley, Jurisprudencia, y al Espíritu del Legislador Concursal, para poder conocer los alcances de las normas objeto de la investigación. Junto con esto, se entregaron argumentos sólidos sobre un elemento que pocas veces es tratado, pero que no por ello merece menos atención, y que dice relación con la procedencia responsabilidad civil emanada de la comisión de los delitos, cuyos alcances y características, han sido materia de discusión en la doctrina, entregando así este trabajo su postura al respecto, y cómo opera en forma de reparación pecuniaria del daño causado.

Después de haber estudiado a fondo y detenidamente la regulación concursal en lo que a materia de delitos se refiere, se hace necesario hacer presente algunos tópicos que vale la pena tratar.

Como un primer tema, cabe analizar el lugar en cual se ubicaron las conductas típicas, dentro del Código Penal. Como se vio en su momento al

expresarme sobre el bien jurídico protegido, una de las críticas que se pueden sostener corresponde a que se encuentra dentro del apartado sobre los delitos contra la propiedad. Sin embargo, las insolvencias punibles tienden a ser figuras en las cuales el propio deudor mediante un actuar fraudulento, disminuye o altera su propio patrimonio con la finalidad de perjudicar a sus acreedores, situación que no ocurre con el resto de las figuras penales del Título IX del Libro Segundo, en que el actuar del sujeto activo se dirige en contra de patrimonio ajeno, siendo un aspecto que marca la diferencia. Es por esto que, nos parece mejor haber mantenido, en lo que a forma se refiere, el modelo de la Ley de Quiebras, es decir, que al tratarse de tipos penales que se cometen dentro del marco de un procedimiento concursal, instaurados por la Ley 20.720, parece lógico pensar que la sanción a aquellas conductas ilícitas se contemple dentro del mismo cuerpo legal, incluyendo la correspondiente actualización normativa, según las necesidades que se requieran.

Por otro lado, y de la lectura hecha de los tipos penales del Párrafo 7, en varios de ellos, se denota en varios de ellos cierta carencia de lenguaje técnico al momento de describir las conductas. Así las cosas, por ejemplo, referirse al sujeto activo de la conducta en el Art. 463 con el vocablo “El

que”, cuando, como se explicó, los delitos de insolvencia son delitos especiales, dada la calidad que ostenta el autor, no se concibe que se le individualice como el legislador lo hace en cualquiera de los demás delitos comunes. Esta misma situación se aprecia en lo que respecta a la responsabilidad de los Administradores de Hecho, siendo una realidad muy común en nuestro país, que, y como se planteó al analizar el precepto del Art. 463 quáter, se prefirió optar por una forma más genérica, en vez de delimitar de forma concreta a la persona del sujeto activo.

Otro ejemplo de esto es aquel que se observa en el numeral 2 del Art. 463 ter, no estableciendo ningún tiempo determinado para la realización de la conducta, pudiendo de esta forma, abrir un abanico de posibilidades indeterminadas. A su vez, una última circunstancia en que ésta parte hace hincapié en las observaciones, se refiere al Art. 466, en cual, se enuncia una serie de conductas adicionales a la de alzamiento de bienes. Sin embargo, y como se explicó al tratar dicho precepto, todas esas acciones (ocultar, dilapidar o enajenar maliciosamente), son formas de comisión del mismo tipo de alzamiento, y así lo ha señalado la doctrina, tanto nacional como extranjera, demostrando de este modo, falta de conocimientos precisos atinentes a dicha materia.

Estas críticas que se realizan, no buscan atacar un sistema normativo. Sino que por el contrario, se pretende con este trabajo entregar herramientas para una correcta interpretación, para que de este modo, se evite incurrir en errores al momento de su aplicación práctica e interpretación.

Para cerrar este trabajo, estimo pertinente hacer algunas recomendaciones, con miras a mejorar la normativa aplicable respecto de los delitos concursales.

De este modo, un tema que queda un tanto en discordia es aquel que tiene que ver con la complicidad en estos delitos. Si bien es cierto que el Art. 464 ter contempla la regulación al respecto, pero éste precepto no es claro en su descripción, lo que puede inducir a errores, y además, al encontrarse estas normas contenidas en el Código Penal, debemos acudir a las normas generales sobre participación contenidas en él. Es por esto que se sugiere hacer una regulación más precisa, y sólo de forma residual, hacer aplicación de las normas prescritas en el Título II del Libro Primero del Código Punitivo, siguiendo el modelo del Art. 221 del derogado Libro IV del Código de Comercio.

Es importante en este punto mirar la legislación concursal extranjera descrita en el Capítulo V, para destacar aquellos elementos que sean útiles, complementando de ésta forma nuestra propia legislación.

De la regulación de la bancarrota en España, existe un punto a resaltar, y que podría entregar gran provecho si se incluyera en nuestro marco normativo, y que corresponde a aquella norma establecida en el Art. 261 bis en dicho Código Penal, que establece una serie de multas en contra de la persona jurídica responsable de los ilícitos, las que varían en proporción de la cuantía de la pena corporal asignada al delito, si este es cometido por una persona natural. Entendiendo que estos son delitos económicos, y que la misma persona jurídica también saca partido del actuar ilegal, ayudaría como medio disuasivo, para la prevención de estos delitos, dado que, la Ley 20.353, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no contempla estas hipótesis de sanción.

Se rescata también el Art. 212 del Código Penal peruano, que establece la figura de la “delación compensada”, que ha traído tanta utilidad en otros delitos económicos, como aquellos regulados por nuestro Decreto Ley 211 en materia de defensa de la libre competencia, que la establece en su Art. 39

bis. Instaurarla en materia de insolvencias, podría poner atajo a la confabulación con terceros para disminuir la situación patrimonial del deudor, al existir un incentivo real y concreto a denunciar este hecho.

De la legislación argentina vale la pena hacer presente la detallada descripción, y el gran número de sujetos sancionables contemplados en la norma de su Art. 178, puesto que no se limita a los administradores o directivos de una persona jurídica, sino que incluye a muchos personajes más. Esto, con el fin de no dejar impune a ninguno de los agentes que pueda estar involucrado, pudiendo salvar, de esta forma, el caso de, por ejemplo, los administradores de hecho, situación que se comentó anteriormente.

Finalmente, en el derecho concursal germano, en lo que a insolvencias punibles se refiere, existe un elemento cuya estipulación vale la pena destacar, y dice relación con la regulación expresa que realiza su legislación sobre las hipótesis de bancarrota culpable, o, tentada. Con una normativa así en nuestro país, que se haga cargo de este relevante asunto, por la importancia que tienen y por lo común que podrían llegar a ser estas situaciones, se limitaría la aplicación de las normas generales contenidas en

el Código Penal, encausándolas hacia la dirección correcta para construir una armónica legislación concursal.

En definitiva, no cabe duda que esta regulación aún es perfectible, como lo son, por lo demás, todas las obras humanas . Gran parte de ese trabajo lo tendrán nuestros Tribunales de Justicia, quienes al momento de interpretar estas normas, asentarán los alcances de ella, la aplicación y la orientación que se le dará, así como también, salvar aquellas faltas u omisiones que se pueden vislumbrar en la Ley. Similar afirmación cabe respecto de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, la que deberá acometer esta noble labor, bajo la tutela jurídica que le provee el numeral 2) del artículo 337 de la tantas veces mencionada Ley N° 20.720.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ABELIUK, R. 2008. Las Obligaciones. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 5º edición.
2. BAJO FERNANDEZ, M y BACIGALUPO, S. 2001. Derecho Penal Económico. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
3. BAJO FERNANDEZ, M. 1973. El contenido de injusto en el delito de quiebra. Madrid. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
4. BALMACEDA, G. 2014. Manual de derecho penal. 1ra Edición. Santiago. Editorial Librotecnia.
5. BENEYTEZ, L. 2005. Las insolvencias punibles. EN: Derecho Penal Económico (Director Enrique Bacigalupo). Buenos Aires. Editorial Hammurabi SRL.

6. BORDES, G. 2001. Insolvencias. Civil y societaria. EN: Revista Facultad de Derecho Universidad de la República Uruguay N°31.
7. BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. 2004. Fin y función del derecho penal y de la pena: las teorías de la pena”. Anales Facultad de Derecho Universidad de Chile.
8. BUSTOS, J y HORMAZABAL, H. 1997. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Madrid, Editorial Trotta.
9. BUSTOS, J y HORMAZABAL, H. 1999. Lecciones de Derecho Penal. Volumen II. Madrid, Editorial Trotta.
10. BUSTOS, J. 1989 – 1990. Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra. EN: Anuario de Derecho Penal.
11. BUSTOS, J. 2004. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Lima. Ara Editores.

12.COMENERO, M. Insolvencias Punibles. Los delitos de alzamiento de bienes. [En línea]

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20de%20D.%20Miguel%20Colmenero%20Men%C3%A9ndez%20de%20Luarca.pdf?idFile=b7d0320c-cf51-497d-9291-551b092025c2

13.CONTADOR, N. y PALACIOS, C. 2015. Procedimientos Concursales. Ley de Insolvencia y Reemprendimiento Ley 20.720. Santiago. Legal Publishing.

14.CUBEROS, G. 2005. Insolvencia: evolución de un concepto. EN: Revista de Derecho Privado Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes. Colombia

15.DEL ROSAL, B. 1993. Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal. EN: Curso “La Nueva Delincuencia (I)”, del Consejo General del Poder Judicial.

16. DIAZ Y GARCÍA, M. 2008. Autoría y participación. EN: Revista de Estudios de la Justicia N°10.
17. ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal. Tomos I, II y III. Editorial Jurídica de Chile. 3° Edición.
18. FARALDO, P. 2002-2003. Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal. EN: Estudios penales y criminológicos N°24.
19. FERRÉ, J. 2001. Autoría y delitos especiales. EN: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. *In memoriam*. España. Ediciones Universidad Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca.
20. FERRERO DIEZ-CANSECO, A. 1993. Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial. EN: Revista Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú N°47.

- 21.GARRIDO, M. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo I.
Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1ra Edición.
- 22.GARRIDO, M. 2003. Derecho Penal Parte General. Tomo II.
Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 3ra Edición.
- 23.GARRIDO, M. 2008. Derecho Penal Parte Especial. Tomo IV.
Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 4ta Edición.
- 24.GOMEZ, R y EYZAGUIRRE, G. 2011. El derecho de quiebras.
Tomo I. 2da Edición. Editorial Jurídica de Chile.
- 25.HISTORIA DE LA LEY N° 20.720. 2014. [En línea]
<<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4343/>>
- 26.HORVITZ, M y LOPEZ, J. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno.
Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- 27.LABATUT, G. 1992. Derecho Penal. Tomo I, II y III. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 9º Edición.
- 28.LAZO, P. 2010. El contexto dogmático de la *par conditio creditorum* en el derecho romano. EN: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 17 N° 2.
- 29.LOPEZ DEL PASO, Rafael. 2011. “El origen de término bancarrota”. Revista Extoikos N°2 <http://www.extoikos.es/pdf/n2/extoikos2_terminobancarrota.pdf>
- 30.MARTINEZ-BUJAN, C. 2002-2003. Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes. Estudios penales y criminológicos N°24.
- 31.MUÑOZ, F. 1996. Derecho penal parte especial. 11º Edición. Valencia. Tirant Lo Blanch.

- 32.NADELMANN, K. 1962. La Quiebra en el derecho Norteamericano (Traducido por Enrique Helguera). Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. México. D.F.
- 33.NOVOA, E. 1983. Fundamentos de los delitos de omisión. Buenos Aires. Depalma.
- 34.NUÑEZ, R. 1999. Manual de derecho penal Parte General.4ta edición. Córdoba. Marcos Lerner Editora Córdoba.
- 35.POLITOFF, S.; MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2003. Lecciones de derecho penal chileno. Tomo I. 2da Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- 36.PRADO, A. 2006. El proceso de calificación de la quiebra. EN: Charlas Colegio de Abogados de Chile A.G. Santiago, 2 de Noviembre de 2006.

- 37.PRADO, A. Síntesis de la legislación de quiebras en Chile. EN:
Ponencia ante Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.
- 38.PUELMA, A. 1971. Curso de Derecho de quiebras. Santiago.
Editorial Jurídica de Chile.
- 39.PUGA VIAL, J. 1994. Derecho Concursal. Delitos de la quiebra. 1ra
Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- 40.PUGA VIAL, J. 2004. Derecho Concursal. El juicio de quiebras.
Santiago. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.
- 41.RAMIREZ, J. 1998. La Quiebra, Derecho Concursal Español. Tomo
I y III. Barcelona. Casa Editorial Bosch. 2º Edición.
- 42.REVISTA PENAL N°19 y 21. Wolters Kluwer España, S.A., en
colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-
La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla.

- 43.RODRIGUEZ, J y SERRANO, A. 1995. Derecho Penal Español. Parte Especial. Madrid, Editorial Dykinson.
- 44.SANDOVAL, R. 2014. Reorganización y Liquidación de empresas y personas, Derecho Concursal. 7ma Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- 45.SANGUINO, J. 1999. Nuevas orientaciones del derecho concursal. EN: Colección Ensayo de derecho procesal. Tegucilapa. Graficentro Editores.
- 46.SOZA RIED, M. 1998. El procedimiento concursal del Derecho Romano Clásico y algunas de sus repercusiones en el actual Derecho de quiebras. EN: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos N°XX.
- 47.WARREN, E. 1993. Business Bankruptcy. Federal Justicial Center.