



IN S PRAVIDE ET PRO

Revista

Julio 2014

34

Penal



Revista Penal

Número 34

Sumario

Doctrina:

- La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?, *por Kai Ambos* 5
- El proyecto de reforma del código penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales, *por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana E. Liberatore S. Bechara* 19
- ¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay *por Pablo Galain Palermo* 34
- Presente y futuro de las insolvencias punibles, *por Alfonso Galán Muñoz* 54
- Las mujeres como víctimas de la denominada “violencia de género” y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *por Pastora García Álvarez* 83
- La (supuesta) supresión de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, *por Carmen López Peregrín* 102
- El ocaso de la pena de muerte en la Jurisdicción penal internacional. Un ejemplo para la abolición universal, *por Antonio Muñoz Aunión* 123
- La mujer en el umbral del delito, *por Miguel Ángel Núñez Paz* 131
- Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013, *por M.ª del Valle Sierra López* 149
- Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *por Javier de Vicente Remesal* 170
- El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela, *por Yu Wang* 204
- Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *por Gerhard Werle y Boris Burghardt* 212

Jurisprudencia:

- La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), *por Carlos Martínez-Buján Pérez* 224

Sistemas penales comparados: Delitos de bagatela (The *de minimis* doctrine in criminal cases) 242

In Memoriam:

- Winfried Hassemer y la ciencia del Derecho Penal, *por Francisco Muñoz Conde* 293

Bibliografía, *por Francisco Muñoz Conde y Manuel Jesús Dolz Lago* 299

Noticias: Declaración de Göttingen sobre policía e investigación en Brasil 307



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Elisa Hoven (Alemania)	Manuel Vidaurre Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Francesco Diamanti (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Presente y futuro de las insolvencias punibles

Alfonso Galán Muñoz

Revista Penal, n.º 34. - Julio 2014

Ficha Técnica

Autor: Alfonso Galán Muñoz

Adscripción institucional: Profesor Titular de Derecho penal. Universidad Pablo de Olavide

Title: present and future of the punishable insolvencies

Sumario: 1. Crisis económica, impagos e insolvencias. 2. El complejo sistema de las insolvencias punibles. 3. Encajando las piezas del rompecabezas. El bien jurídico protegido en las insolvencias punibles. 4. El complejo encaje normativo del delito de alzamiento de bienes. 5. El encaje de los delitos relativos a los concursos. 6. Las sombras del sistema: Los tipos cualificados del art. 257 CP. 7. La posible reforma de las insolvencias punibles. ¿El camino hacia un más seguro y proporcionado tratamiento penal de las insolvencias punibles?

Summary: 1. Financial crisis, non-payment and insolvencies. 2. The complex system of the punishable insolvencies. 3. Putting together the parts of the puzzle. The punishable insolvencies protected legal good. 4. The complex fitting of the hiding of assets. 5. The fitting of the crimes related with the insolvency proceedings. 6. The shadows of the system: The aggravated crimes of the art. 257 CP. 7. The possible reform of the punishable insolvencies. The way to a safer and more proportioned criminal treatment of the punishable insolvencies?

Abstract: This paper analyses the problems that the current regulation of punishable insolvencies faces, in order to consider afterwards to what extent the reform of the Criminal Code, which nowadays is being processed in our Parliament, will resolve these problems or will create new ones.

Key Words: Punishable insolvencies, economic crimes, patrimonial crimes, insolvency proceedings, hiding of assets, privilege creditors, presentation of false accounting data.

Resumen: El presente trabajo analiza los problemas a los que se enfrenta la actual regulación de los delitos de insolvencias punibles, para plantearse, a continuación, hasta qué punto la propuesta de Reforma del Código penal que actualmente se está tramitando en nuestro Parlamento los solventa o vendrá a generar otros nuevos.

Palabras clave: Insolvencias punibles, delitos económicos, delitos patrimoniales concurso de acreedores, alzamiento de bienes, favorecimiento de acreedores, presentación de datos contables falsos

Observaciones: El presente trabajo se inserta en el marco del Proyecto de Investigación titulado “Análisis crítico de la reforma de 2010 del Código penal: Con especial referencia a las incorporaciones en la parte general y nuevas figuras delictivas” (DER2011-27473), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Rec. 12-03-2014 **Fav.** 8-04-2014

1. Crisis económica, impagos e insolvencias

Vivimos una de las peores crisis económicas que se recuerdan. De hecho, podría pensarse que los mercados, esos entes difusos a los que algunos despersonalizan y elevan casi a la categoría de fuerza de la naturaleza o deidades de designios incomprensibles para los vulgares mortales, se han conjurado para dar lugar a la aparición de una especie de “tormenta económica perfecta” de la que ni nuestros gobernantes, ni los principales organismos económicos nacionales e internacionales parecen saber muy bien como sacarnos.

Pese a todo, el origen de la tormenta parece ya más o menos claro. Ha habido un exceso de crédito otorgado por parte de entidades financieras a personas que no contaban con las debidas garantías, como consecuencia de que sabían que con dicha práctica no solo mantenían, sino que incrementaban los ya elevados precios de las cosas o bienes, primordialmente inmobiliarios, cuya adquisición financiaban, al ampliar y aumentar aún más su demanda, lo que parecía les garantizaría el cobro de lo prestado incluso cuando el prestatario no pudiese devolverlo y les permitiría obtener enormes y aparentemente inagotables beneficios.

Sin embargo, un día y como cierto conocido rotativo económico tituló, “la fiesta se acabó” y la diferentes burbujas creadas mediante este tipo de actividades especulativas estallaron, lo que llevó a los inversores a salir en estampida de los ahora inseguros mercados financieros, dando así lugar a una restricción del crédito que ha determinado que algunos de los Estados económicamente más desarrollados tengan serios problemas para obtener financiación y que las empresas y los particulares vean como prácticamente imposible conseguir la que necesitan para poder desarrollar sus actividades y sus vidas con normalidad.

Todo ello ha generado una caída en picado de la demanda y del consumo que no ha hecho sino ahondar

aún más la fase económica recesiva que vivimos, llevando a muchas empresas y particulares se vean obligados a dejar de pagar sus deudas o, incluso a declarar su completa y definitiva insolvencia.

De esta breve y evidentemente simplificada revisión del camino que nos ha traído hasta el complejo momento económico que vivimos, se deduce claramente que el incremento de insolvencias y de impagos que se ha producido en los últimos tiempos no es sino uno más de los múltiples y devastadores efectos que la actual crisis está ocasionando en nuestra sociedad y no su causa, con lo que no puede dejar de sorprender que sea precisamente en la presente coyuntura cuando nuestro gobierno haya decidido aprovechar el, por el momento, todavía mero proyecto de reforma del Código penal (PCP) que se está tramitando en nuestras Cortes¹, no para tratar de evitar que se vuelvan a realizar las actividades especulativas que motivaron la actual crisis, sino, precisamente para volver a reformar la regulación de los delitos relativos a las insolvencias. Y decimos que para volver a reformar porque, en realidad, estos delitos han sufrido varias y profundas reformas a lo largo de nuestra historia más reciente.

De hecho, ya la propia aprobación del vigente Código penal de 1995 trajo consigo importantes cambios con respecto a la anterior regulación de esta materia, ya que no solo sacó a los delitos de insolvencia de su inicial ubicación, dentro de las defraudaciones, para situarlos en un capítulo propio², sino que también trató de solventar muchas de las cuestiones que su anterior redacción había planteado, al dejar claro, por ejemplo, que la apreciación de estas figuras resultaba completamente independiente y autónoma del transcurrir de los procedimientos civiles que se pudiesen abrir en relación a los deudores que las hubiesen cometido (quiebra, suspensión de pagos, etc...)³, que protegerían tanto a los créditos privados como a los públicos⁴ o que también castigarían las actuaciones descapitalizadoras que el responsable de un hecho delictivo realizase con el fin de eludir las responsa-

1 En concreto, el citado proyecto fue aprobado por el consejo de ministros de 20 de septiembre de 2013 y ha sido ya publicado como proyecto en el BOCG de 4 de octubre de 2013.

2 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 45

3 BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. *Derecho penal económico*, Ed. CERASA, Madrid, 2010, p. 416, SOUTO GARCÍA, E. M. *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 30 o GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Ley concursal e insolvencia punible” en *Homenaje al profesor Rodríguez Mourullo*. Ed. Civitas, Madrid, 2005. p. 1448, entre otros.

4 QUINTERO OLIVARES, “Las agravaciones de la pena del alzamiento de bienes en caso de deudas o acreedores de derecho público o de cualificaciones de la estafa (art. 257)”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2010 p. 222

bilidades civiles que se le podrían llegar a atribuir en la sentencia que finalmente le condenase por haberlo cometido (art. 258 CP)⁵.

El cambio, como se puede comprobar, fue de calado.

Sin embargo y pese a ello, solo hicieron falta ocho años para que una posterior modificación de la legislación civil en materia concursal, realizada por la todavía vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, obligase a que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, tuviese que volver a reformar estos delitos; reforma que tan solo supuso la sustitución de las expresiones utilizadas en los art. 259, 260 y 261 CP referidas a las “*quiebras, concursos y suspensiones de pagos*” por la de “*concurso*”, mucho más ajustada a la nueva y unificada regulación civil de dichos procedimientos, lo que llevó a que algún autor señalará que, en realidad, la citada Ley Orgánica solo había comportado “*una mera adaptación terminológica del Código penal a la nueva regulación concursal*”⁶ y a que otros destaquen que lo más noticiable de su aprobación había sido precisamente el hecho de que no hubiese finalmente llegado a modificar aquello que, en fase de anteproyecto, parecía que iba a reformar, ya que, no suprimió, tal y como estaba inicialmente previsto, el delito de quiebra del art. 260 CP⁷.

Finalmente, y en tiempos mucho más recientes, ha sido la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la última que ha venido a modificar el panorama legislativo relativo a esta materia, abriendo, por una parte, las puertas a la posible responsabilidad penal de las personas implicadas en la realización de tales delitos (art. 261 bis CP) e introduciendo, por otra, una serie de tipos cualificados para los delitos contemplados en el art. 257 CP; tipos que, curiosamente y como tendremos ocasión de ver, han tenido el dudoso honor de convertirse en los únicos preceptos de esta materia que han logrado poner de acuerdo a prácticamente toda la doctrina, aunque haya sido, eso sí, a la hora de criticarlos⁸.

Éste ha sido básicamente y de forma sintética el camino legislativo que nos ha traído hasta la actual situación normativa. Una situación en la que la regulación penal de las insolvencias punibles, a juicio de muchos autores, presenta tantos y tan graves problemas interpretativos y de coordinación que parecen obligar a volver a modificarla, como, de hecho, pretende hacer nuestro legislador en su nuevo proyecto de reforma del Código penal.

Pero, veamos someramente cuáles son estos problemas.

2. El complejo sistema de las insolvencias punibles

Como hemos tenido ocasión de señalar, lo primero que llamó la atención de este grupo de delitos, tras la aprobación de la versión de que de los mismos introdujo el Código penal de 1995, fue el hecho de que su regulación se desgajase de la ubicación que tenía en el Código penal anterior, dentro de las defraudaciones, para pasar a integrarse en un capítulo propio, poniéndose así de manifiesto que la definición de la concreta naturaleza jurídica de dichas figuras no es algo que estuviese ni esté exento de controversia.

De forma sintética se puede afirmar que actualmente existen dos grandes tendencias a la hora de definir dicha naturaleza.

Por una parte, se encontraría aquella que es defendida por quienes consideran que nos encontramos ante verdaderos delitos socioeconómicos, protectores de valores supraindividuales, directa o indirectamente conectados con la protección del funcionamiento del sistema crediticio⁹; mientras que, por otra, estaría la que sostienen quienes afirman que, en realidad, estamos ante unos delitos puramente patrimoniales que protegen los derechos de crédito que tienen los acreedores o, para ser más precisos, el derecho que les asiste, conforme a lo establecido el art. 1911 de nuestro Código Civil, a poder satisfacer sus créditos o derechos me-

5 Sobre esta cuestión, véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento de bienes*. Ed. Bosch, Barcelona, 1999, p. 86 y ss.

6 GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Ley concursal e insolvencia punible” cit. ant. p. 1440.

7 CUGATT MAURI, M. “El impacto de la ley concursal en el delito de quiebra” La Ley nº 5932, 2004, en diariolaley.laley.es (últ. vis. 12-2-2014).

8 Véase a este respecto lo comentado, por QUINTERO OLIVARES, G. “Las agravaciones de la pena del alzamiento de bienes...” cit. ant. p. 222 o FEIJOO SÁNCHEZ, B. “La reforma de las insolvencias punibles”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)* Ed. Civitas, Madrid, 2013, p. 401 y ss, entre otros.

9 Así, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, M Y BACIGALUPO SAGGESE, S. consideran que estas figuras son uno de los ejemplos más característicos de entre los delitos económicos, dado que “...*afectan a un bien jurídico patrimonial, como es el derecho de crédito, pero lesionan también en segundo lugar el orden económico*” Op. cit. ant. p. 416.

dian­te la ejecución del patrimonio presente o futuro de sus deudores en caso de que estos sujetos no cumplan con aquello a lo que estaban obligados¹⁰.

Pese a que esta última corriente es la absolutamente mayoritaria dentro de nuestra doctrina, tampoco faltan argumentos que parezcan respaldar a los que sostienen la contraria y también a quienes adoptan una posición que podríamos considerar como intermedia entre las dos anteriores, bien por entender que estamos ante unos verdaderos delitos “bisagra” entre los patrimoniales y los socioeconómicos¹¹, bien por considerar que entre sus figuras habría en realidad ejemplos de ambas clases de delitos¹².

La inseguridad en un tema tan importante para la exégesis de cualquier delito, como se puede comprobar, no puede ser mayor, con lo que tampoco debe sorprendernos que la doctrina no logre alcanzar acuerdos unánimes ni tan siquiera a la hora de determinar si algunos de los delitos de los que nos venimos ocupando contemplan figuras de lesión o meros delitos de peligro con respecto a su bien jurídico protegido.

Esto es precisamente lo que sucede, por ejemplo, con el tipo de injusto del alzamiento de bienes del art. 257.1.1.º CP, precepto que castiga al que se alza, es decir, oculta sus bienes o se ausenta con ellos¹³, en perjuicio de sus acreedores.

Este delito, a juicio de parte de la doctrina, si bien obliga a que su autor tenga que actuar con intención de perjudicar a dichos sujetos para poder apreciar su realización, no exige que tenga que llegar efectivamente a conseguirlo para alcanzar su consumación. Se tendría que entender entonces que estaríamos ante un verdadero delito de peligro¹⁴, interpretación que, sin embargo, no comparten quienes, como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, consideran que, en realidad, cuando el tipo de injusto de este delito exige que se tenga

que cometer “*en perjuicio de sus acreedores*” no está introduciendo en su descripción típica un elemento de naturaleza subjetiva que obligue a que el deudor tenga que actuar con intención de producir tal resultado, sino que lo que realmente está haciendo, —tal y como de hecho sucede en otros delitos que, como la estafa o la apropiación indebida, también utilizan dicha expresión al delimitar sus injustos—, es exigir que el referido perjuicio se llegue efectiva y objetivamente a producir, con lo que nos encontraríamos ante un verdadero delito de lesión patrimonial que solo se completará y consumará en la medida en que el deudor que lo realice llegue efectivamente a impedir que su acreedor pueda haber efectivo el crédito ya vencido y exigible que tenía frente a él¹⁵.

Como se puede comprobar, el tipo de injusto propio del alzamiento de bienes se encuentra en una clara situación de indefinición, hecho que lejos de hacer que este delito haya pasado a estar en un segundo plano, quedando en una suerte de ostracismo normativo, es precisamente el que parece haberlo convertido en una de las figuras centrales de las insolvencias, viniendo su existencia, a juicio de muchos autores, a hacer que la expresa previsión de otras de las que se integran en el capítulo dedicado a las insolvencias punibles carezca de cualquier fundamento o utilidad.

Así sucederá, por ejemplo y a juicio de un importante sector de la doctrina, con la figura delictiva contenida en el art. 257.1.2º CP, que castiga a quien “*...con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación*”; lo que parece sancionará una conducta que no sería sino una más de las muchas posibles formas de ocultar o

10 GONZÁLEZ RUS, J. J. *Sistema de Derecho penal español Parte Especial*. Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 533, NÚÑEZ CASTAÑO, E. en *Nociones fundamentales de Derecho penal Parte Especial*. Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 417, sobre la distinción entre deuda y responsabilidad, véase lo comentado, por ejemplo, por MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento* ... cit. ant. p. 67.

11 QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al Código penal español*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 122.

12 Así lo entiende, por ejemplo, NIETO MARTÍN, A. quien considera que mientras el delito de alzamiento sería un delito puramente patrimonial, el de quiebra, en aquel momento vigente, exigiría que se afectase también a la funcionalidad del crédito, bien jurídico de clara naturaleza supraindividual, lo que convertirá a dicha figura en un verdadero delito socioeconómico. En *El delito de quiebra*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 39 y ss. y 218.

13 Así, se define el verbo “alzarse” tal y como señalan, MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento* cit. ant. p. 113; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. en *Derecho penal económico* cit. ant. p. 49, SOUTO GARCÍA, E. M., op. cit. ant. p. 270 y ss. GONZÁLEZ RUS, J. J., op. cit. ant. p. 533 o CABALLERO BRUN, F. *Insolvencias punibles*. Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 227, entre otros.

14 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 437, GONZÁLEZ RUS, J. J., op. cit. ant. p. 536, NÚÑEZ CASTAÑO, E., op. cit. ant. p. 426, QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al Código penal español*. cit. ant. p. 135 o SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAILLO, A. *Derecho penal Parte Especial*. Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 453, entre otros.

15 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. en *Derecho penal económico* cit. ant. p. 45 y, sobre todo, 55 y ss.

de alzarse con los bienes que castiga la figura contemplada en el apartado anterior del mismo artículo y por tanto, convertiría a la expresa previsión del delito contenido en este precepto en algo redundante e inútil¹⁶, que actuaría, todo lo más, como una simple clausula ejemplificativa respecto de aquél¹⁷.

Algo similar ocurrirá también con la conducta castigada en el vigente art. 258 CP, que sanciona al “...responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, ...”; precepto que, si se mantiene que las deudas y los deudores de la responsabilidad civil derivada de un delito nacen y se determinan en el mismo momento en que éste se comete y no cuando se llega efectivamente a condenar a su responsable por su realización, tampoco parece que castigue ninguna actuación que no fuese ya susceptible de ser sancionada por el delito del art. 257.1.1º CP¹⁸, con lo que su expresa previsión también carecería de función sancionadora propia, viniendo simplemente a tratar de cerrar cualquier posible polémica que se pudiese suscitar en relación a la posible sanción de este tipo de actuaciones¹⁹.

Pero es que además, y por otra parte, la amplitud del tipo delictivo contenido en el art. 257.1.1º CP también planteará problemas de delimitación con respecto a la otra gran figura de las insolvencias punibles, esto es, con respecto a la del concurso punible contenida en el artículo 260 CP.

Como es sabido, este último precepto castiga al “...que fuere declarado en concurso (...), cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”, lo que nuevamente parece venir a sancionar una de las posibles formas de ocultación o

desaparición de bienes que contempla el delito de alzamiento y, consecuentemente, nos podría llevar a pensar, como mantienen muchos autores, que nos encontraríamos ante otra figura innecesaria más, que estaría abocada a la desaparición.

De hecho, se llegó a afirmar, en este sentido, que si la efectiva derogación de este último delito no se produjo como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, tal y como de hecho previó el anteproyecto que la precedió, fue simple y llanamente porque su completa eliminación se acomodaría mal a la existencia de figuras similares contempladas en los ordenamientos de otros países miembros de la UE que, sin embargo, no contemplaban figuras tan amplias como la del delito de alzamiento de bienes español²⁰, lo que podría ocasionar indeseables efectos desde el punto de vista de la doble incriminación de esta clase de actuaciones²¹ y, sin duda, dificultaría el proceso de armonización normativa que respecto a las mismas perseguía y persigue dicha institución supranacional²².

Ahora bien, la aceptación de esta supuesta superposición delictiva se enfrenta a un grave problema, ya que, a diferencia de lo que sucede con las figuras anteriormente comentadas, cuando hablamos del delito de concurso punible estamos aludiendo a un delito que establece una sanción para sus autores notablemente superior a la que el tipo general de alzamiento prevé para los suyos, lo que parece indicar que el legislador español no solo no había considerado que ambas figuras tuviesen injustos perfectamente asimilables y redundantes, sino que había partido, precisamente, de que el contemplado en el art 260 CP siempre sería más grave y, por tanto, diferente del que castigaría el primer apartado del art. 257.1. CP.

Pero, ¿realmente ambas figuras castigan conductas distintas y dotadas de diferente gravedad? Y si ello es

16 BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., op. cit. ant. p. 434 y ss., de superfluo lo califican SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAILLO, A., op. cit. ant. p. 458.

17 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal Parte Especial*. cit. ant. p. 465.

18 BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. tildan al precepto de inútil en Op. cit. ant. p. 437; GONZÁLEZ RUS, J. J. afirma, de hecho, que la conducta típica es la misma que la del delito anterior, con lo que constituye “una especialidad de dicho tipo” Op. cit. ant. Pg. 539. en el mismo sentido, también se manifiestan, por ejemplo, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAILLO, A., op. cit. ant. p. 459 o CABALLERO BRUN, F., op. cit. ant. p. 267.

19 En este sentido MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento*, cit. ant. p. 79 y ss.

20 Así, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., op. cit. ant. p. 442.

21 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “El delito de insolvencia del artículo 260 CP, tras la nueva ley concursal”, en *Homenaje al profesor Rodríguez Mourullo*. Ed. Civitas. Madrid, 2005, p. 1553 y ss.

22 CUGATT MAURI, M., op. cit. ant. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “El delito de insolvencia del artículo 260 CP (...)” cit. ant. p. 1553 y ss.

así, ¿qué es lo que las distingue y fundamenta su distinto tratamiento punitivo?

La diferencia más evidente entre ambos delitos se deriva del hecho de que mientras el concurso punible exige para ser apreciado que, junto a los actos descapitalizadores del deudor, concurra su declaración en concurso de acreedores, el delito del art. 257 CP no solo no exige dicha resolución, sino que ni siquiera alude a la apertura del procedimiento en que la misma se podría llegar a emitir. Sin embargo, a juicio de muchos autores, esta diferencia si bien tal vez podría servir para distinguir ambos delitos desde un punto de vista estrictamente formal, en modo alguno permitirá justificar real y materialmente por qué las dos se castigan de forma separada y con una pena distinta²³, máxime si se tiene en cuenta que la apertura del referido procedimiento podrá escapar completamente al control del deudor, pudiendo incluso producirse a petición de los acreedores, con lo que sería difícil de entender que su simple concurrencia pudiese ser la que determinase que el deudor implicado en dicho proceso tuviese que sufrir una mayor sanción que aquel otro que, precisamente por no estarlo, solo podría ser castigado con la pena del delito de alzamiento de bienes²⁴.

Puede que fuese precisamente este último problema el que llevó a FARALDO CABANA a considerar que lo que realmente diferencia a uno y otro delito será el concreto momento en que sus respectivas conductas típicas se habrían realizado, ya que mientras el delito del art. 260 CP castigaría las actuaciones descapitalizadoras que el deudor hubiese efectuado después de que el procedimiento concursal se hubiese abierto, el de alzamiento del art. 257 CP solo lo haría con aquellas otras que se hubiesen realizado con anterioridad a

dicho momento; postura que, a su juicio, encontraría un claro respaldo legislativo en el hecho de que el actual apartado quinto del art. 257 CP afirme que este último delito se perseguirá “*aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal*”, ya que ello supone, a su modo de ver, que se tenga que entender que “*la apertura del procedimiento concursal no convierte el alzamiento realizado antes en insolvencia fraudulenta*”, es decir, no lo convierte en el delito del art. 260 CP²⁵.

Pese a lo interesante de la propuesta tampoco parece que la misma esté exenta de problemas, ya que ni determina realmente por qué razón la presencia de dicho procedimiento hace que las conductas descapitalizadoras realizadas por el deudor después de la apertura del comentado procedimiento civil resulten más graves que las que podría haber ejecutado antes del mismo, ni, lo que es peor, parece acomodarse demasiado bien a lo establecido en el propio tenor literal del artículo 260 CP, dado que, al establecerse en dicho precepto que este delito castigará tanto las conductas realizadas por el deudor que agravaron la situación de crisis económica o de insolvencia que determinaron la declaración de concurso, como las que causaron la situación posteriormente declarada, se pondrá de manifiesto que estamos ante una figura que también podrá y deberá castigar las actuaciones descapitalizadoras que, precisamente por haberse cometido antes de la apertura de dicho procedimiento, fueron las que llevaron a la situación que dio lugar a su iniciación²⁶.

Continuará, por tanto, sin saberse muy bien qué diferenciará a esta figura delictiva y a su sanción de las del delito de alzamiento, lo que, además de dejar sin respuesta a aquellos que abogan por su directa e inmediata

23 FEIJOO SÁNCHEZ, B. quien señala que solo “...una adecuada teorización de la determinación de la pena vinculada al fundamento del injusto del delito concursal (...) puede evitar tratamientos punitivos arbitrariamente desiguales y desproporcionados...” en “Crisis económica y concursos punibles” en La Ley nº 7178, 2009, en diariolaley.laley.es (últ. vis. 12-2-2014).

24 FEIJOO SÁNCHEZ, B. en “Crisis económica y concursos punibles”. cit. ant. p.

25 Así señala FARALDO CABANA, P. que “...no deben abrirse dos procedimientos por los mismos hechos, uno por alzamiento y otro por insolvencia fraudulenta, sino que si los hechos son anteriores a la apertura del procedimiento concursal debe continuar el procedimiento por alzamiento, mientras que si se produce después no hay alzamiento sino insolvencia fraudulenta.”, en “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal”, Estudios Penales y Criminológicos, Nº 24, 2002-2003, p. 305; tesis que parecen compartir MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal Parte Especial*... cit. ant. p. 463 o GONZÁLEZ RUS, J. J., op. cit. ant. p. 545.

26 Así lo entendía ya NIETO MARTÍN, A. cuando señalaba con respecto al delito de quiebra, en aquel momento vigente, que mientras que causar la crisis económica y sobretodo la insolvencia supone haberlo hecho antes de la declaración judicial de quiebra (actualmente de concurso), agravarla implica una previa situación de crisis o de insolvencia ya existente y declarada, que acto seguido se acentúa como consecuencia de la conducta realizada por el deudor, en *El delito de quiebra* ...cit. ant. p. 96 y ss.; postura que ha sido seguida, entre otros, por OCAÑA RODRÍGUEZ, A lo que le ha llevado, entre otras cosas, a considerar que la propuesta de delimitación realizada por FARALDO CABANA con respecto a los delitos de alzamiento y de concurso punibles pecaba de “total falta de realismo”, en *El delito de insolvencia punible del art. 260 CP a la luz del nuevo Derecho concursal. Aspectos civiles y penales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2005, Pg. 77 y nota al pie nº 15 en página 82.

derogación, por considerar su expresa previsión inútil y redundante, también dará lugar a que se planteen múltiples problemas prácticos entre ambos delitos que carecerán de una segura solución.

Así, por ejemplo, ¿cómo habrá que castigar a aquellas actuaciones que, siendo inicialmente subsumibles en el tipo de alzamiento de bienes del art. 257 CP, terminen dando lugar a la declaración concursal que se contempla en el delito del art. 260 CP? ¿Se tendrán que sancionar mediante la apreciación de un concurso de leyes entre ambos delitos? ¿Mediante un concurso de delitos? ¿Qué pasará entonces con el sujeto que se coloque en situación de insolvencia mediante la ocultación de sus bienes, para conseguir una declaración judicial de concurso, si finalmente no lo consigue? ¿Se le tendrá que castigar por el delito consumado de alzamiento? ¿Por la menos grave tentativa del delito de concurso del art. 260?²⁷ ¿O lo correcto será hacerlo mediante la apreciación de un concurso de delitos entre ambas figuras, una consumada y otra en mero grado de tentativa?

Pero es que además, estos problemas también podrán derivar en otros de índole procesal, sobretodo si entendiese, como de hecho hacen algunos autores que, al establecerse en el actual art. 257.5 CP que el delito de alzamiento se perseguirá aún cuando tras su comisión se inicie un procedimiento de ejecución concursal y en el art. 260.3 CP que el concurso punible también lo hará sin esperar a que termine dicho procedimiento civil, se estaría admitiendo expresamente la posibilidad de que se puedan abrir dos procedimientos penales diferentes y paralelos, uno por cada uno de estos delitos, con respecto a aquella única conducta descapitalizadora que, habiendo sido cometida antes del inicio de dicho procedimiento ejecutivo universal, desemboque posteriormente en su apertura y en la ulterior declaración en concurso del deudor que la efectuó²⁸.

Las preguntas sin respuesta se multiplican.

¿Realmente se puede abrir un procedimiento penal nuevo y paralelo contra quien ya está siendo procesado en otro como posible autor de un delito de alzamiento de bienes por el mero hecho de que se le hubiese llega-

do a declarar en concurso de acreedores? ¿Qué pasaría entonces si cuando se le declaró en concurso de acreedores ya había sido condenado por este último delito? ¿También se podrá abrir en este caso un segundo procedimiento penal contra él por el delito del art. 260 CP?

Si a todo este incierto panorama concursal y procesal, le añadimos los gravísimos problemas que plantea la existencia de los muy cuestionables y cuestionados tipos cualificados introducidos en el art. 257 CP por la ya citada LO 5/2010 y unas figuras, como las del favorecimiento de acreedores del art. 259 CP o la de la presentación de datos contables falsos en procedimiento concursal del art. 261 CP, cuya concreta delimitación y relación con el resto de delitos de insolvencias también es objetivo de una viva polémica doctrinal, parece que el resultado final es un verdadero rompecabezas jurídico que solo se podrá solventar procediendo a reformar las piezas que lo integran.

Pero veamos si esto es realmente así.

3. Encajando las piezas del rompecabezas. El bien jurídico protegido en las insolvencias punibles

El necesario punto de partida del complicado rompecabezas que nos plantea la actual regulación de las insolvencias punibles nos viene dado, como no podía ser de otra forma, por la delimitación del bien jurídico que protegen los delitos que constituyen sus piezas configuradoras.

Pese a que han sido muchas y muy variadas las propuestas que a lo largo del tiempo se han realizado a este respecto por parte de nuestra doctrina, llegándose incluso a considerar que estas figuras protegían valores tales como la fe pública o la administración de justicia²⁹, en la actualidad y como ya vimos, la práctica totalidad de la doctrina, atendiendo entre otras cosas a la ubicación sistemática de estos delitos, se ha decantado por considerarlos como figuras protectoras de valores netamente económicos y no institucionales, si bien difiere a la hora de determinar la concreta naturaleza de dichos valores, ya que mientras la mayoría de los autores considera que nos encontramos ante delitos que protegen el patrimonio individual de los acreedores, un

27 De hecho esta posibilidad ha sido plantada por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico...* cit. ant. p. 68, siguiendo a HUERTA TOCILDO, S. en "Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes" en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López)* p. 803, y que su juicio., como prueba, a su juicio, de que ambos delitos tienen que ser considerados como verdaderos delitos de lesión.

28 BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., op. cit. ant. p. 443.

29 Sobre las diferentes concepciones del bien jurídico protegido por estos delitos, véase en general, lo comentado, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento* cit. ant. p. 54 y ss. o CABALLERO BRUN, F., op. cit. ant. p. 64 y ss. SOUTO GARCÍA, E. M., op. cit. ant. p. 85 y ss.

cada vez más numeroso sector doctrinal entiende que lo que hacen es tutelar el sistema crediticio en general, con lo que los delitos de insolvencias dejarían de considerarse como meros delitos patrimoniales, para pasar a ser tenidos por verdaderos delitos socioeconómicos en sentido estricto³⁰.

Los defensores de la todavía postura mayoritaria desatacaron, frente a la minoritaria, que los tipos de injustos de todos los delitos de insolvencias y especialmente los de sus dos figuras centrales, la del alzamiento de bienes y la del concurso fraudulento, castigan indistintamente tanto las insolvencias que por su magnitud podrían llegar a afectar o a poner en tela de juicio el sistema crediticio en general, como las que, al ser de muy pequeña cuantía o magnitud, ni perturbarán ni podrán llegar a perturbar tal sistema, lo que, a su modo de ver, pondrá de manifiesto que no será dicho valor, sino el puramente individual, referido al crédito del acreedor afectado, el que verdaderamente definirá y delimitará el bien jurídico afectado por la realización de estos delitos³¹.

Sin embargo y frente a esta crítica, algunos de quienes mantienen su naturaleza socioeconómica señalaron que, en realidad, también las insolvencias de escasa entidad podrían llegar a cuestionar el comentado sistema, ya que su producción podría dar lugar a una verdadera “reacción en cadena” que llevase a que sus iniciales víctimas se viesan a su vez abocados a incurrir en impagos con terceros no inicialmente afectados por la misma, poniendo así en tela de juicio la confianza en el funcionamiento de todo el sistema crediticio y con ello su propia existencia³², mientras que otros afirmaron que, pese a que la realización individual de sus conductas típicas no siempre llegue a afectar al sistema crediticio en general, ello no supondrá que no se pueda e incluso se tenga que entender que su ejecución no se castigue precisamente para evitar que su irrelevancia penal pue-

da llevar a que otros sujetos la cometan también, dando así lugar a una reiteración de actuaciones que sí que podría llegar a poner en cuestión dicho sistema³³.

Evidentemente, y por lo que se refiere a esta última propuesta, se debe señalar que la misma trata de fundamentar el carácter colectivo de la afección que supuestamente caracteriza a estos delitos acudiendo a la denostada teoría de los delitos de acumulación; teoría que, a nuestro juicio, resulta absolutamente insostenible, entre otras cosas, porque al intentar fundamentar el castigo del autor de dichos delitos atendiendo a futuras y completamente autónomas conductas de terceros, no solo estaría intentando sustentar su sanción en unas actuaciones que le serían completamente ajenas, con lo que violaría el principio de culpabilidad y el de personalidad de las penas, sino que además lo estaría haciendo basándose en una puesta en peligro del bien jurídico colectivo que solo se llegará realmente a generar si finalmente tales conductas se efectúan; lo que ni se habrá producido cuando se aprecie este delito, ni tal vez nunca se llegue a dar, con lo que nos encontraremos ante un peligro completamente presunto y a todas luces inexistente que en modo alguno responderá a las exigencias mínimas que se derivan del principio de lesividad³⁴.

Tampoco corre mejor suerte, por otra parte, la primera de las argumentaciones señaladas, ya que, si bien es cierto, como mantienen sus defensores, que la producción de una insolvencia, incluso de pequeña cuantía, puede llegar a provocar un efecto en cadena que haga que parte de la sociedad y de los operadores económicos pierdan su confianza en el mercado crediticio, llevándoles a salir del mismo, con la consiguiente retracción del crédito³⁵, en realidad y como bien señala FEIJOO SÁNCHEZ, dicha pérdida de confianza no supone la afección del valor que delimitará el injusto propio de estos delitos, sino que tan solo será un ejemplo más de la merma de seguridad

30 Vid Supra.

31 MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento...* cit. ant. p. 60.

32 En este sentido, se manifiestan BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. al señalar que la naturaleza socioeconómica de estos delitos se deriva del hecho de que “...su importancia criminológica estriba en uno de sus efectos más significados; la reacción en cadena, ya que se van transmitiendo de unos empresarios a otros las dificultades de pago y las crisis” Op. cit. ant. p. 416.

33 Así lo señala, por ejemplo OCAÑA RODRÍGUEZ, A. cuando afirma, en relación a lo establecido en el art. 260 CP, que cuando la ley penal protege bienes jurídicos supraindividuales, lo hace porque la reiteración de ciertas conductas en el entorno social acaba afectando a la colectividad, en Op. cit. ant. p. 35.

34 Sobre los problemas de los denominados delitos de acumulación, véase, por ejemplo, lo comentado en su día por KINDHÄUSER, u. “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*. Ed. BOE, Madrid, 1995, p. 446 y ss.

35 Así lo señala, por ejemplo, NIETO MARTÍN, A. *El delito de quiebra...* cit. ant. p. 42; postura que resulta similar a la sostenida más recientemente por CABALLERO BRUN, F. quien considera que en estos delitos no se protege el derecho a la satisfacción del crédito, como pretende la doctrina mayoritaria, sino precisamente la funcionalidad del crédito como sistema de financiamiento, lo que determinaría que estos delitos tuviesen un bien jurídico de claro carácter socioeconómico., op. cit. ant. p. 185 y ss.

en la vigencia de la norma que la comisión de cualquier delito genera en la sociedad³⁶, con lo habrá que entender, como hacía MUÑOZ CONDE, que, aunque el aumento de los delitos contra la vida produzca una sensación de inseguridad ciudadana y “las insolvencias (punibles o no) generen gran alarma en el mundo financiero y, con ello, den lugar a un grave daño a la economía en su conjunto, ello no podrá llevarnos a (...) *decir que el bien jurídico protegido en el homicidio sea la seguridad ciudadana (...) ni tampoco que el bien jurídico protegido en las insolvencias punibles sea el sistema crediticio en su conjunto*”³⁷.

Habrà que entender, por tanto, que la confianza en el funcionamiento de dichos mercados ni es, ni puede ser realmente el valor o bien jurídico protegido por estos delitos; postura que, de hecho, incluso llegan a reconocer, aunque sea indirectamente, muchos de quienes los consideran como delitos socioeconómicos; autores que, una vez admitieron que el comentado valor supraindividual no podía ser considerado como el bien jurídico técnicamente protegido por estos delitos, ya que su concreta y real afección ni resulta necesaria, ni tiene repercusión alguna en la delimitación objetiva o subjetiva de sus injustos, entendieron, sin embargo, que ello no impedirá que se pueda y se tenga que tener a la protección de dicho valor colectivo como a la verdadera *ratio legis* que fundamentó la creación de tales figuras³⁸, lo que, a su modo de ver, permitiría continuar calificándolas como delitos socioeconómicos aunque sea, eso sí, en un sentido amplio o impropio³⁹.

Con ello, se reconoce, a nuestro juicio y a todos los efectos, que no estamos en realidad ante verdaderos delitos socioeconómicos, sino, como mantiene la mayor parte de la doctrina, ante figuras que tutelan un valor de marcado carácter patrimonial individual como es el derecho que tienen sus sujetos pasivos (los acreedores) a poder satisfacer, llegado el caso, los créditos que

tenga frente a sus deudores ejecutando su patrimonio presente y futuro conforme a lo establecido en el art. 1911 CC; postura que, por otra parte, se ve claramente respaldada por el hecho de que a todos estos delitos les resulte aplicable la excusa absolutoria prevista en el art. 268 CP para los delitos patrimoniales no violentos que se realicen entre determinados familiares, algo que, evidentemente, carecería de cualquier sentido en caso de que su realización afectase no solo a los intereses patrimoniales de dichos sujetos, sino también a los de todos aquellos que podrían utilizar el sistema crediticio y que por ello, estarían interesados en garantizar y tutelar su correcto y eficaz funcionamiento⁴⁰.

Éste, y no otro, será, por tanto, el valor o referente fundamental al que habrá que atender al delimitar los contornos típicos de cada una de las concretas piezas o figuras delictivas que componen el rompecabezas jurídico del que nos venimos ocupando.

Veamos ahora, si ello permite encajarlas todas.

4. El complejo encaje normativo del delito de alzamiento de bienes

Una vez que se ha definido el bien jurídico protegido por los delitos de insolvencias punibles, ha llegado el momento de ir encajando cada una de las concretas piezas que conforman su complejo sistema normativo, para lo que, en primer lugar, habrá que analizar y delimitar aquella que parece ser la que mayores quebraderos de cabeza prácticos e interpretativos ha venido a plantear, la referida al delito de alzamiento de bienes.

Lo primero que hay de poner de manifiesto al definir el tipo de injusto del delito del art. 257.1.1º CP es que no estamos ante un delito cuya consumación exija la efectiva frustración del inicial derecho al cumplimiento de los acreedores, ya que, en realidad y frente a lo que mantienen algunos autores⁴¹, que su tipo exija que su conducta se tenga que ejecutar “*en perjuicio de acree-*

36 FEIJOO SÁNCHEZ, B. en “Crisis económica y concursos punibles” cit. ant.

37 MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento* cit. ant. p. 59 y 60.

38 Así lo hace, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico* cit. ant. p. 47

39 FARALDO CABANA, P., op. cit. ant. p. 280 o SOUTO GARCÍA, E. M. Op. cit. ant. p. 119, entre otros.

40 Reconocen la aplicabilidad de esta excusa, MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento* cit. ant. p. 213, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S, aunque señalan que nuestro Tribunal Supremo es reticente a aplicarla, en Op. cit. ant. p. 434, SOUTO GARCÍA, E. M., op. cit. ant. p. 360 y ss., lo que, como señala GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., supone que los mismos no hayan llegado a afectar a acreedores que no sean familiares del deudor, en “Presentación de datos falsos relativos al estado contable en las insolvencias punibles”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos V. II*. Ed. Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2001, p. 202 y, consecuentemente obliga a entender, como incluso hace el propio CABALLERO BRUN, F. que nos encontramos ante figuras que, por lo menos de *lege lata*, son claramente patrimoniales, en Op. cit. ant. p. 104.

41 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., op. cit. ant. p. 45 y 46, SOUTO GARCÍA, E. M., op. cit. ant. p. 210 y ss o PAREDES CASTAÑÓN J. M. “Lo subjetivo y lo objetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes”, en *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2001, nota al pie 48 en p. 1640.

dores”, lo único que obliga es a que su autor tenga que llegarla a cabo con la intención de ocasionar dicho resultado y no que llegue efectivamente a conseguirlo.

Así lo demuestra el hecho de que la siguiente figura delictiva contenida en el referido artículo comience la descripción de su conducta típica señalando que la misma se tendrá que cometer “*con el mismo fin*” que la anterior, esto es, con el fin o la intención eminentemente subjetiva de perjudicar a sus acreedores⁴².

Estamos, por tanto, ante un verdadero delito de resultado cortado que, si bien exige que su conducta tenga que realizarse con la intención de lesionar los derechos patrimoniales de sus acreedores, para poder considerarla como típica, no requiere que su ejecución llegue objetivamente a materializarse en dicha lesión para que se pueda y se tenga que apreciar su completa consumación⁴³.

Ahora bien, como acertadamente señaló MUÑOZ CONDE, este hecho no puede llevarnos a pensar que el injusto típico de este delito consista en un ataque puramente subjetivo dirigido contra el bien jurídico que trata de proteger.

Como señala este autor, para que la prohibición y sanción penal de cualquier conducta resulte verdaderamente legítima, ésta habrá de presentar cierto grado de ofensividad real y objetiva con respecto al valor que su prohibición penal trata de proteger. Esto es, tendrán que presentar un mínimo contenido de antijuridicidad material, lo que en el caso concreto del alzamiento de bienes llevará a que queden al margen de este tipo delictivo, por ejemplo, las enajenaciones u ocultaciones

de bienes que realicen los deudores con intención de perjudicar a sus acreedores, pero que mantengan en el patrimonio del deudor activos suficientes como para poder responder de las deudas que tenía contraídas con dichos sujetos, ya que resulta indudable que mientras dicha situación se dé “...la satisfacción de éstos (es decir, la de los acreedores) *no se ve afectada, ni tan siquiera se pone en peligro*”⁴⁴.

Habrà que entender entonces que para que se dé este delito será necesario que el deudor haya actuado encontrándose o colocándose en una situación de insolvencia real o aparente que haga ver que “*no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*” (art. 2.2 LC), sin que sea necesario, sin embargo, que su actuación sea la que haya ocasionado la aparición de dicha situación, lo que nos lleva a pensar que nos encontramos ante un delito en el que el estado de insolvencia lejos de actuar, como mantienen algunos autores, como un resultado material derivado y separable de su conducta típica⁴⁵, se convertirá en el referente delimitador de la idoneidad lesiva que la actuación del deudor habrá de presentar para poder ser típica de este delito y completar su injusto.

Estaremos, por tanto, ante un verdadero delito de mera actividad y de peligro hipotético con respecto a su bien jurídico protegido, que se consumará en el mismo momento en que se realice su conducta típica⁴⁶, lo que, sin duda, hará que este delito especial, que puede sancionar a todos los deudores desde el mismo momento en que pasen a serlo por haber contraído una obligación con un tercero⁴⁷, por todas aquellas actividades desca-

42 CABALLERO BRUN, F., op. cit. ant. p. 251.

43 Comparten esta configuración general del delito, aunque con diversos matices MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento* cit. ant. p. 138; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal Parte Especial*. cit. ant. p. 267; NÚÑEZ CASTAÑO, E., op. cit. ant. p. 424; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAILLO, A., op. cit. ant. p. 453; GONZÁLEZ RUS, J. J., op. cit. ant. p. 537, entre otros.

44 MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento*... cit. ant. p. 120. En esta misma línea se manifiestan, por ejemplo, la STS 1101/2007, de 27 de diciembre o QUINTERO OLIVARES, G. cuando afirma que no es necesario transformar al delito de alzamiento en un delito de resultado para evitar que su consumación se anticipe en exceso, sino que lo fundamental será exigir que la conducta realizada por el deudor “...sea en términos de imputación objetiva apto en principio para alcanzar el objetivo de burlar las expectativas de los acreedores, sin que, por supuesto, sea necesario que se logre” en *Comentarios al Código penal español*...cit. ant. p. 135.

45 Así lo entienden, sin embargo, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico*... cit. ant. p. 51 o RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., en *Código Penal comentado y con jurisprudencia*. Ed. LA LEY, Madrid, 2007, p. 652 o ROCAAGAPITO, L. “Los delitos de alzamiento de bienes (examen de los artículos 257 y 258 del Código Penal)”, en *Anuario de Derecho concursal*, nº 22, 2011, p. 75 y 76, autores estos últimos consideran que, sin embargo y frente a lo sostenido por el primero, que ello llevará a que nos encontremos ante un delito con un resultado de peligro.

46 Compartimos, por tanto, la postura defendida, entre otros, por MUÑOZ CONDE, F. cuando señalaba que nos encontramos ante un delito de mera actividad, en *El delito de alzamiento*. cit. ant. p. 119 o por QUINTERO OLIVARES, Q. cuando afirmaba que el delito de alzamiento se consumará en el momento en que el deudor realice una conducta que en términos de imputación objetiva resulte apta para alcanzar su objetivo de burlar las expectativas de los acreedores, lo que hará que esta figura tenga una clara naturaleza de delito de mera actividad y no de resultado, en *Comentarios al Código penal español*...cit. ant. p. 135.

47 Sobre este concreto aspecto del delito de alzamiento de bienes existe acuerdo unánime por parte de la doctrina. Véase en este sentido, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento* cit. ant. p. 92 y ss., CABALLERO BRUN, F., op. cit. ant. p. 221, SOUTO

pitalizadoras que, siendo objetivamente idóneas para perjudicar los derechos a la satisfacción de sus acreedores, se efectúen con el fin de conseguirlo, se convierta en una figura tan amplia que parece que podría convertir en innecesaria la expresa previsión de muchos otros de los delitos de insolvencia que la rodean.

Así parece de hecho que habría sucedido, por ejemplo con el delito contemplado en el art. 257.1.2º CP, precepto que, como ya vimos, castiga a quien, para perjudicar a los acreedores, realiza actos de disposición patrimonial que dilaten, dificulten o impidan la eficacia de los embargos o procedimientos ejecutivos iniciados o de previsible iniciación.

Para muchos autores, el hecho de que el injusto de este último delito se haya de cometer con la misma finalidad que el alzamiento y que además aluda a unas actuaciones, como los actos de disposición patrimonial o los generadores de obligaciones que, en apariencia resultan perfectamente subsumibles en el amplio abanico de modalidades comisivas de la conducta típica de alzarse, determinará que nos encontremos ante una figura completamente redundante con la anterior, cuya expresa previsión resulta, por tanto, inútil, superflua y completamente prescindible⁴⁸.

Sin embargo, si prestamos un poco de atención al tenor literal del comentado precepto nos percataremos de que el mismo presenta significativas diferencias con respecto al del apartado que le precede.

Así, por ejemplo, nos daremos cuenta, en primer lugar, de que mientras este último precepto, el que define al delito de alzamiento de bienes, permite castigar las ocultaciones de bienes que el deudor haya cometido desde el mismo momento en que nació la deuda que querría eludir con su realización, el del de-

lito del que ahora nos ocupamos solo podrá sancionar aquellos actos dispositivos que dicho sujeto efectúe después de que alguno de los procedimientos a los que su tipo alude, (los de embargo o los ejecutivos o de apremio judicial, extrajudicial o administrativo), se encuentren ya iniciados o resulten, por lo menos, de previsible iniciación; exigencia típica que, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, si bien permite que esta figura abarque actuaciones realizadas antes del comienzo efectivo de alguno de tales procesos, también llevará a que solo pueda hacerlo con las que se hubiesen efectuado, no solo después de que la obligación o deuda hubiese nacido, sino una vez que ésta estuviese ya vencida, dado que solo a partir de ese momento se podrá afirmar, con cierta seguridad, que realmente nos encontremos ante un caso en el que la apertura de alguno de dichos procedimientos resultará objetivamente previsible⁴⁹.

Pero es que además y lo que es más importante, este análisis más detenido también nos permitirá percatarnos de que la figura ahora analizada exige que la operación que realice el deudor llegue efectivamente a dilatar, dificultar o a impedir la eficacia del concreto procedimiento finalmente iniciado, sin exigir, sin embargo, que dicho resultado se tenga que derivar de la efectiva generación agravación del estado de insolvencia del deudor, lo que, a nuestro modo de ver, llevará a que el delito del art. 257.1.2º CP se nos presente como un verdadero delito de lesión con respecto a los derechos de satisfacción patrimonial de los acreedores que se podrá apreciar aunque dicho resultado lesivo se derive de una conducta que no podrá subsumirse, por definición, en el tipo delictivo del delito de alzamiento de bienes⁵⁰.

GARCÍA, E. M., op. cit. ant. p. 289, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico...* cit. ant. p. 71, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., op. cit. ant. p. 432; GONZÁLEZ RUS, J. J., op. cit. ant. p. 536 o NÚÑEZ CASTAÑO, E., op. cit. ant. p. 419, entre otros.

48 Así, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., op. cit. ant. p. 434.

49 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico...* cit. ant. p. 92 y ss. En la misma línea, se manifiestan también NÚÑEZ CASTAÑO, E., op. cit. ant. p. 430 HUERTA TOCILDO, S., op. cit. ant. p. 810 o SOUTO GARCÍA, E. M., op. cit. ant. p. p. 379. Mientras tanto, otros autores, como CABALLERO BRUN, F. consideran que junto a los casos en los que nos encontremos ante obligaciones ya exigibles por estar vencidas, también podrían considerarse como casos en los que la ejecución será previsible aquellos en los que la exigibilidad de la obligación esté sometida a un plazo, en Op. cit. ant. p. 264 y 265; postura que no podemos compartir, puesto el hecho de que una obligación esté sujeta un plazo o a cualquier otra condición, no hace previsible que se vaya a incumplir, con lo todavía menos se podrá considerar que vaya a dar lugar a la apertura de ningún procedimiento ejecutivo. Por otra parte, QUINTERO OLIVARES, G. considera que el concepto de inminencia utilizado por el legislador genera un difícil problema interpretativo por lo que propone optar por un criterio objetivable que sea el de la ejecución ya iniciada o un término temporal entre el hecho y el momento del vencimiento de la obligación en *Comentarios al Código penal español...* cit. ant. p. 132, ampliación que evidentemente, no ayuda demasiado a precisar con seguridad cuándo habría de situarse dicho momento y nos ha llevado a optar por la, a nuestro juicio, más concreta y segura definición anteriormente comentada.

50 Así, por ejemplo, consideran que no es necesaria la generación del estado de insolvencia en este delito VAELO ESQUERRO, E. "Consideraciones en torno al alzamiento de bienes" AP nº 1, 1999, p. 491; CERES MONTES, J. F. "La insolvencia punible" en La Ley nº 4, 1996, p. 1183; LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M. *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996, p. 136. En con-

No estaremos, por tanto, ante una figura completamente redundante con la anterior, sino ante una que, al exigir un mayor desvalor de resultado con respecto al derecho patrimonial que vendría a tutelar (su daño material o lesión), requerirá de un menor desvalor de acción para poder apreciar su realización (no tendrá que crear o agravar la insolvencia de su autor), lo que, sin duda, la dotará de un ámbito típico independiente y distinto del de la figura de alzamiento que le permitirá, por ejemplo, sancionar al deudor que consiga dificultar la ya iniciada ejecución de alguno de sus bienes simulando la existencia de un derecho preferente de otro acreedor sobre el mismo, por más que ello no suponga merma alguna de su acervo patrimonial⁵¹ o generándola, no dé lugar que su autor se coloque en una situación en la que carezca de activos suficientes para poder responder de todas las deudas que tenía real o supuestamente contraídas.

Ahora bien, como ya señalamos, no ha sido ésta la única figura que se ha visto presuntamente absorbida por el enorme campo gravitatorio que rodea al amplio tipo delictivo del delito del art. 257.1.1 CP. También la contemplada en el artículo 258 CP fue considerada por gran parte de la doctrina como una figura completamente redundante con la contemplada en dicho pre-

cepto, ya que al castigar los actos de disposición que el responsable de un hecho delictivo realizaría para colocarse en aquella situación de insolvencia que le permitiría no satisfacer la responsabilidad civil que se derivaría del mismo, de nuevo parece que vendría a sancionar actuaciones que eran perfectamente subsumibles y punibles conforme a lo establecido en el art. 257.1.1º CP, sobretodo, si se mantiene que la deuda que dicho sujeto pretendía eludir habría nacido en el mismo momento en que se realizó el hecho delictivo que la originó y sin necesidad, por tanto, de que se llegase a condenar en firme a quien lo efectuó por haberlo cometido⁵².

Sin embargo y frente a esta interpretación, se alzaron pronto las voces de aquellos que señalaron que la inexistencia de condena en estos casos podría dar lugar a que el delito de alzamiento generase problemas prácticos de muy difícil o casi imposible solución.

Así, por ejemplo, se afirmaba que la inexistencia de dicha condena podría llevar a que en algunos supuestos resultase prácticamente imposible de determinar si el responsable del hecho delictivo generador de la responsabilidad que supuestamente habría tratado de eludir con su posterior actuación, estaría o no en aquella situación de insolvencia que delimita al injusto típico

tra de esta postura se han manifestado, sin embargo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico...* cit. ant. p. 94, el mismo autor, en "Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes" Estudios Penales y Criminológicos, Nº 24, 2002-2003, p. 508 y ss., BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., op. cit. ant. p. 435, SOUTO GARCÍA, E., op. cit. ant. p. 381; GONZÁLEZ RUS, J. J., op. cit. ant. p. 538; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal Parte Especial...* cit. ant. p. 465; quienes entienden, entre otras cosas, que no exigir la producción de la insolvencia en este delito llevaría a que cualquier conducta tuviese cabida en el mismo, lo que evidentemente y a nuestro modo de ver, se consigue evitar al limitarse su aplicación tan solo a las actuaciones realizadas para perjudicar a los acreedores que se hayan realizado tras el vencimiento de sus deudas, y consideran, además, que con ello se cambiaría el bien jurídico de esta figura pasando a convertirla en un delito protector de la "santidad" o el funcionamiento del procedimiento ejecutivo, postura que no podemos compartir, ya que entendemos que, en realidad, la afección de dicho procedimiento solo es el medio por el que se lesiona el verdadero valor tutelado por el mismo, el derecho a la satisfacción del crédito vencido. Es evidente, en tal sentido, y como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., que el mero retraso o dificultad en la satisfacción de dicho crédito no supone su total y definitiva pérdida del derecho, con lo que parece que el comentado delito castiga y asimila conductas muy diferentes entre sí y que incluso se pueden llegar a superponer, ya que, por ejemplo, quien dilata una ejecución, la dificulta, y quien la impide, evidentemente, antes podrá haberla retrasado o dilatado *Derecho penal económico...* cit. ant. p. 95. Sin embargo, a nuestro modo de ver, tampoco es menos cierto que incluso cuando se consigue impedir la ejecución, no nos encontramos ante una pérdida definitiva del derecho a la satisfacción del acreedor, ya que dicho sujeto podrá evitar dicha lesión, mediante la interposición de los correspondientes recursos, embargando otros bienes del deudor o incluso gracias a que la constatación de la realización de este delito determine la anulación de los actos de disposición realizados, con la consiguiente devolución de lo entregado y satisfacción final del derecho del acreedor inicialmente lesionado o con el inicio de un procedimiento de embargo referido a otro bien del deudor, hechos que nos lleva a pensar que lo que ha hecho el legislador en este concreto delito es fijar las diferentes lesiones del derecho a la satisfacción de la obligación que, pese a no ser definitivas, entiende representan una afección suficientemente grave de dicho derecho, como para justificar que se castiguen penalmente.

51 Véase en este sentido, lo comentado por, TERRADILLOS BASOCO, J. en "La ocultación y el alzamiento de bienes por parte del deudor" en *Empresa y Derecho penal*. Ed. Ad hoc., Buenos Aires, 2011 p 150 y ss. o por el referido autor en *Memento práctico penal de la empresa 2004-2005*. Ed. Lefebvre, Madrid, 2003, p. 303.

52 Así lo entiende BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., op. cit. ant. p. 436 o GONZÁLEZ RUS, J. J. quien considera esta figura como una mera "especificidad" de la contemplada en el art. 257.1.2 CP Op. cit. ant. p. 539; postura que contrasta llamativamente con la sostenida por CABALLERO BRUN, F., que señala que precisamente la no necesidad de la sentencia condenatoria referida al hecho delictivo generador de la obligación civil es la única diferencia que permite distinguir este delito del contemplado en el art. 257.1.1º CP, en Op. cit. ant. p. 272.

del alzamiento de bienes, ya que podrá haber casos en los que la presencia o ausencia de dicha situación dependerá de la concreta cuantía a la que ascienda la deuda derivada de su actuación delictiva previa; cuantía que, evidentemente, no estará determinada ni se podrá conocer hasta que no se le condene en firme por haber realizado el hecho delictivo en cuestión⁵³. Pero es que, además y lo que es incluso más grave, la ausencia de dicha condena también podrá llevar a que se pueda dar la paradójica situación de que un tribunal pueda castigar a un sujeto como autor del delito de alzamiento, pese a que otro le considere inocente y no responsable del hecho delictivo que supuestamente generó la deuda por cuya elusión dicho delito le vendría a sancionar⁵⁴.

Como se pudo comprobar, no son pocos ni pequeños los problemas e incongruencias a los que la interpretación comentada podría llevar, aunque, en opinión de algunos autores, ni los unos ni las otras resultan exclusivamente predicables con respecto a las deudas derivadas de un hecho delictivo, ni se pueden evitar.

En realidad y a juicio de estos autores, dichos problemas se pueden plantear en relación a cualquier obligación que tenga por causa u origen un hecho cuya existencia pueda ser cuestionada ante un tribunal diferente del encargado de enjuiciar el alzamiento realizado (p. ej. un contrato del que se hubiese solicitado judicialmente su nulidad).

También en estos casos estaremos ante hechos que delimitan la existencia de la deuda supuestamente vulnerada con el alzamiento, con lo que, al resultar su constatación fundamental para poder apreciar este delito, el juez penal que lo enjuicie tendrá que suspender temporalmente su procesamiento, para plantear la correspondiente cuestión prejudicial devolutiva ante el tribunal competente para valorar su existencia. Ahora bien, tanto en estos supuestos como en los referidos a la apreciación del hecho delictivo previo al alzamiento, la decisión de dicho tribunal será meramente declarativa y no constitutiva, con lo que no vinculará

al juez encargado de enjuiciar este último delito, lo que le permitirá determinar, de forma completamente independiente y sin ni siquiera tener que esperar a la resolución de tal tribunal, si los hechos originadores de la deuda supuestamente eludida se habrían dado o no, abriéndose así las puertas de par en par a que su resolución pueda resultar contradictoria con la que finalmente emita el tribunal al que se haya requerido sobre tal cuestión⁵⁵.

No habría, por tanto, diferencia alguna entre ambos grupos de casos. Tanto en las deudas con origen delictivo, como en las tienen una causa de otra naturaleza se pueden llegar a alcanzar resoluciones jurisprudenciales contradictorias. Éste es el precio que hay que pagar para mantener la independencia judicial.

Sin embargo, esta postura olvida, a nuestro modo de ver, algo fundamental. Olvida que cuando hablamos de conductas delictivas y de sus responsables nos encontramos ante unos hechos y ante unos sujetos que, en puridad, no pueden considerarse como tales hasta que el tribunal competente y predeterminado por la ley no los haya calificado así en una sentencia firme. Así lo exige el derecho fundamental a la presunción de inocencia; derecho que, entre otras cosas y por lo que nos afecta en este momento, será el que impedirá al tribunal competente para enjuiciar el supuesto alzamiento realizado por quien podría ser el responsable de un hecho delictivo previo, pueda determinar de forma completamente autónoma, independiente y antes de que lo haga el tribunal responsable de enjuiciarlo, si tal hecho realmente existió y si el sujeto en cuestión era penal y civilmente responsable o no de su realización.

No estamos, por tanto, ante una clase más de deuda controvertida, sino ante una que requiere de la sentencia firme del tribunal responsable de su enjuiciamiento para poder ser apreciada⁵⁶, lo que, evidentemente impedirá que en estos casos se pueda apreciar la existencia de la deuda y el deudor exigidos por el delito del art. 257 CP antes de que dicha resolución se emita, convir-

53 BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S. quienes precisamente comentan la STS de 29 de septiembre de 1965 en la que se entendió que, pese a que el acusado de un homicidio había ocultado parte de sus bienes, resultaba imposible saber si se había llegado realmente a insolvencia de forma parcial, hasta que no se determinase la cuantía de la obligación civil que habría de afrontar por haber realizado dicho delito. En Op. cit. ant. p. 437.

54 Ibidem.

55 MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento de bienes...* cit. ant. p. 80 y ss. y, especialmente, 86 y ss.

56 Así lo destaca MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. quien, de hecho, señala frente a lo argumentado por MUÑOZ CONDE, F. en *El delito de alzamiento de bienes...* cit. ant. p. 84, que el legislador penal solo ha regulado este posible caso de deuda de dudosa o cuestionada existencia y no aquellos otros que también podrían ser cuestionados incluso judicialmente, como las derivadas de los supuestos de culpa extracontractual, con los que este último autor los quería asimilar, como consecuencia de que en modo alguno estas deudas se pueden asimilar a aquéllas. *Derecho penal económico...* cit. ant. p. 98.

tiéndose así este último delito en una figura completamente inoperante con respecto a las actuaciones descapitalizadoras que los responsables de dichos hechos habrían podido realizar antes de su emisión.

Nos podríamos encontrar entonces ante una inaceptable laguna de protección penal de los legítimos intereses patrimoniales de los perjudicados por dichas actuaciones y con un evidente agravio comparativo entre la tutela que se les otorgaría frente a la que brindaría a aquellos otros sujetos que, al haber sufrido daños derivados de conductas que precisamente por ser menos graves que las delictivas (p. ej. de una acción generadora de una simple responsabilidad extracontractual), sí que verían como el delito del art. 257 CP podría proteger su derecho a la satisfacción patrimonial de las deudas que se derivasen de los mismos, sin tener que

esperar a la emisión de la sentencia firme que ratificase su existencia.

Precisamente por ello, es por lo que la expresa previsión del delito del art. 258 CP cobra pleno sentido.

Es éste un delito especial que, si bien solo puede ser cometido por “*el responsable del hecho delictivo*”, lo que supone que solo pueda castigar a quien ya pueda ser considerado como tal por haber sido juzgado y condenado en firme por haber efectuado dicho hecho, puede sancionarle, tal y como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁵⁷, tanto por las actuaciones descapitalizadoras y objetivamente peligrosas⁵⁸ que hubiese efectuado después de su condena⁵⁹, como por las que habría podido realizar antes de ella, pero tras haber cometido el inicial hecho delictivo que generó la responsabilidad civil que trató posteriormente de eludir⁶⁰, lo que sin

57 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico...* cit. ant. p. 104, aunque propone, con el fin de evitar el problema señalado por VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. en *Los delitos de alzamiento de bienes*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 123, que de *lege ferenda*, esto se cambie para abrir las puertas al enjuiciamiento por el alzamiento desde el mismo momento en que se abra juicio oral por el hecho delictivo que podría generar la responsabilidad civil, ya que ello permitiría adelantar la adopción de medidas cautelares tendentes a evitar la posible ocultación de bienes.

58 En este sentido, se debe destacar que el delito del art. 257 CP se completará y consumará en el mismo momento en que habiéndose realizado las conductas que determinasen la situación de insolvencia parcial o total se declare en firme la existencia del delito que dio lugar a la responsabilidad civil que se trataba de eludir, lo que determina que nos encontremos ante un delito que no requiere que se llegue ocasionar la efectiva lesión del bien jurídico protegido para alcanzar su consumación, pero sí que dicho bien se ponga en peligro para hacerlo, lo que resulta fundamental para valorar aquellos supuestos, planteados por parte de la doctrina, en los que se llegase a dar una renuncia a la indemnización penal por parte del afectado, supuestos que para algunos autores resultan siempre atípicos CABALLERO BRUN, F., op. cit. ant. Pg. 273, mientras que para, como CERES MONTES, J. F. solo quedan al margen de la tipicidad cuando la renuncia se produce en relación a la deuda derivada de infracciones penales semipúblicas, en “La insolvencia punible...” cit. ant. p. 1184. A nuestro juicio, ninguna de las dos posturas resulta del todo correcta, ya que si bien es cierto que la renuncia a la posible indemnización civil por parte de la víctima del hecho delictivo determina que desaparezca desde ese momento la antijuridicidad material que lo dota de sentido, también lo es que si dicha renuncia se ha una vez producida la insolvencia y declarada la existencia del delito que originó la deuda que se quería eludir, esto es, una vez que el delito está consumado, habrá que entender que simplemente nos encontramos ante el perdón del ofendido, que no excluirá la punición del delito cometido al no prever el legislador expresamente dicho efecto para estos delitos, conforme a lo que exige el art. 130.1.5º CP.

59 En este sentido, existe una viva polémica doctrinal, entre aquellos que defienden la necesidad de la emisión de una sentencia firme para apreciar este delito, a la hora de determinar la concreta naturaleza que se habría de otorgar a dicha resolución. Para algunos autores, como VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. la sentencia referida al delito originario constituye una mera condición objetiva de perseguibilidad del delito del art. 258 CP, ya que aunque el procedimiento relativo a esta última figura se podrá abrir antes de la emisión de dicha resolución, el mismo se tendrá que paralizar y no podrá llegar hasta sentencia hasta que no se haya emitido, en *Los delitos de alzamiento de bienes*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 123. Otros, por el contrario, como QUINTERO OLIVARES, G. la considera una simple condición objetiva de punibilidad, por entender que la conducta típica propia de este delito completa se habría realizando antes de la emisión de la sentencia que condene por el delito del que proceda la deuda eludida, con lo que la declaración judicial de su responsabilidad operará como una mera condición objetiva posterior que condicionará la punibilidad del hecho cometido. En *Comentarios al Código penal español...* cit. ant. p. 141. Sin embargo, y frente a estas posturas se alzan las voces de quienes como MUÑOZ CONDE, F. consideran, acertadamente a nuestro modo de ver, que la citada resolución judicial es un elemento del tipo de injusto de este delito, ya que sin la misma, no es que el delito no se pueda perseguir o no se pueda sancionar, es que simplemente no habrá delito, con lo que se demuestra que su exigencia es un elemento delimitador básico del tipo de injusto de esta figura. En *El delito de alzamiento*. cit. ant. p. 84. En la misma línea, se manifiestan también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico...* cit. ant. p. 101 o SOUTO GARCÍA, E. M. p. 400, entendiendo que dicha exigencia es precisamente la que delimita típicamente al posible sujeto activo de este delito.

60 Así lo entiende, por ejemplo, la STS 130/2008, de 9 de abril. Sin embargo, y como bien señala GONZÁLEZ RUS, J. J., ello no supone que este delito también pueda servir para castigar las actuaciones descapitalizadoras que se hubiesen realizado antes de la comisión del hecho delictivo, por más que se hubiese cometido incluso con intención de eludir las responsabilidades civiles que se sabía se iban a derivar de su realización, en op. cit. ant. p. 540

duda le permitirá castigar aquellas conductas lesivas que se mantendrán al margen del tipo de injusto del delito del art. 257 CP precisamente por haberse cometido antes de la emisión de dicha condena⁶¹.

Habrá que decir entonces que ninguno de los delitos hasta ahora analizados resulta redundante ni carente de sentido, aunque ello no nos puede hacer olvidar que el complejo rompecabezas normativo del que nos venimos ocupando todavía tiene muchas piezas por encajar, como sucede, por ejemplo, con todas aquellas que nos vienen dadas por los delitos que, de una u otra manera, aparecen vinculados al procedimiento civil del concurso de acreedores.

Veamos ahora si también estas piezas tienen un correcto encaje en el sistema, comenzando, como no puede ser de otra forma, por la que, sin lugar a dudas, se ha convertido en la figura central de dicho grupo de delitos, la del concurso punible del art. 260 CP.

5. El encaje de los delitos relativos a los concursos

Como ya vimos, una vez que se niega que la figura de concurso fraudulento contenida en el art. 260 de nuestro Código penal se pueda diferenciar de la de alzamiento de bienes del art. 257.1.1º CP atendiendo tan solo al momento en que el deudor efectúe sus actuaciones descapitalizadoras, las fronteras que separan sus respectivos injustos típicos se desdibujan notablemente, dando lugar a la aparición de múltiples y muy difícilmente resolubles cuestiones concursales y procesales⁶².

Así, por ejemplo, dicha indefinición llevará a que, mientras que aquellos que sostienen que ambas figuras protegen bienes jurídicos diferentes y se encuentran, por tanto, en una relación de concurso de delitos, afirman que no habrá problema alguno para poder apreciar su sanción acumulativa cuando concurriesen todos sus elementos típicos en un mismo hecho, pudiendo incluso alcanzarse dicho castigo acumulado a través de dos procedimientos paralelos diferentes; quienes mantienen que ambos delitos protegen el mismo bien jurídico y por ello se encuentran en una relación de concurso de leyes, niegan radicalmente las dos posibilidades⁶³, señalando con respecto a la posible apertura sucesiva de procedimientos penales referidos a tales figuras, que la misma solo se podrá producir en la medida en que, cuando se inicie el referido al segundo delito, el relativo al concurso punible, todavía no se haya llegado a condenar a su supuesto autor por el previo delito de alzamiento, dado que si ello hubiese sucedido no se podría abrir este nuevo procedimiento sin infringir el principio procesal de “cosa juzgada”⁶⁴.

Esta última postura fue, sin embargo, criticada por NIETO MARTÍN, autor que consideraba que su mantenimiento daría lugar a la introducción de un alto grado de injusticia en la valoración de este tipo de actuaciones, ya que, al admitir que el deudor pudiese evitar la mayor pena que le supondría la apreciación del concurso punible (de quiebra habla el autor, atendiendo a la denominación utilizada en aquel momento) frente a la del alzamiento, por el mero hecho de que ya se le hu-

61 Entendemos en tal sentido, que dado que lo que queda vedado al tribunal responsable del enjuiciamiento del alzamiento, es la constatación del hecho delictivo en que la deuda que se intenta eludir tuviese causa, pero no la determinación o valoración de las responsabilidades civiles que de tal conducta se pudiesen derivar, no hay problema alguno para que esta figura pueda sancionar a aquel que, habiendo sido condenado en firme como responsable penal de los hechos en cuestión, no hubiese sido, sin embargo, declarado como responsable civil de tales hechos, como consecuencia, por ejemplo, de que la víctima se hubiese reservado su derecho a reclamar tal responsabilidad con posterioridad en la jurisdicción civil (art. 112.1 LECrim); supuesto, este último, en el que entendemos que, al poder afirmarse legalmente que el hecho delictivo existía y el sujeto en cuestión era responsable de su realización, no existirá ya obstáculo alguno para que el juez competente para enjuiciar el alzamiento posteriormente realizado pueda determinar de forma autónoma y como mera cuestión prejudicial la existencia y cuantía de la responsabilidad civil derivada del mismo, con lo que podrá tener a dicho sujeto por verdadero deudor y consecuentemente, como posible autor del referido delito patrimonial. En contra de esta opinión se manifiesta, sin embargo, SOUTO GARCÍA, E. M. por entender que habría que esperar también a la resolución civil, ya que, a su juicio, “...solo entonces puede hablarse de sujeto activo idóneo del delito del art. 258 del CP”, op. cit. ant. p. 397; postura que no podemos compartir, ya que entendemos que lo que el tenor literal de dicho precepto exige es que el sujeto que cometa su conducta haya sido declarado responsable del hecho delictivo y no que sea responsable civil del mismo, precisamente como consecuencia de que, como hemos señalado, aunque el tribunal que valore el alzamiento no puede determinar de forma autónoma e independiente la existencia del hecho delictivo, sí que podrá fijar de tal forma la cuantía de la responsabilidad civil que se pueda derivar del mismo una vez que el tribunal penal competente hubiese declarado en sentencia firme su existencia y no haya, por tanto, que presumir ya su inexistencia.

62 Vid Supra.

63 En este sentido, ya se manifestaba MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento de bienes*... cit. ant. p. 198; BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., op. cit. ant. p. 443 o MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico*... cit. ant. p. 141.

64 MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento de bienes*... cit. ant. p. 193; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico*... cit. ant. p. 142; OCAÑA RODRÍGUEZ, A. Op. cit. ant. p. 195 y ss. y 198.

biese condenado por este último delito cuando se emitiese aquella resolución civil que exigiría el primero (la declaración en concurso de acreedores), se estaría *de facto* fundamentando su pena en “...*circunstancias que dependen enteramente del azar: el momento en el que se produce la declaración civil (...)*”⁶⁵.

Precisamente, este problema desaparecerá, a juicio de dicho autor, en el momento en que se acepte que ambos delitos tienen en realidad un bien jurídico diferente, viniendo el concurso punible a tutelar uno colectivo, como la economía crediticia y el alzamiento de bienes uno individual, como el derecho a la satisfacción patrimonial de los acreedores, puesto que, a pesar de que ello no suponga que ambos se puedan apreciar de forma acumulada con respecto a un mismo hecho y sujeto, al venir el injusto del delito colectivo a abarcar y a absorber completamente al del delito de alzamiento, con lo que se mantendrá en una evidente relación de consunción con dicho delito, ello no supondrá que no se pueda volver a enjuiciar y a sancionar una actuación ya castigada por este último delito cuando su realización genere el plus de injusto propio del concurso punible, ya que, mientras en el procedimiento referido a este último delito se respeten en su integridad los hechos probados de la sentencia del primero y se computen en la posible condena aplicable a su reo el tiempo de pena que éste ya hubiese cumplido por la realización del alzamiento, dicho segundo enjuiciamiento no producirá violación material ni procesal alguna de los principios de *ne bis in idem* ni de proporcionalidad⁶⁶.

Ahora bien, a esta propuesta se le debe reprochar que olvide que no hay nada en el delito del art. 260 CP que haga o permita entender que dicha figura castigue una actuación lesiva para un bien jurídico de titularidad co-

lectiva o supraindividual⁶⁷. De hecho, ninguno de los elementos del tipo de injusto de este delito obliga a pensar que el mismo solo se pueda cometer por quienes tengan la condición de comerciantes; exigencia típica que es la que, a juicio de referido autor, dotará a su injusto una lesividad más amplia que la que configura y completa al del delito de alzamiento de bienes y lo convertirá, por tanto, en una verdadera figura socioeconómica, pero que, en realidad y a nuestro modo de ver, no solo resulta cuestionable sino que es, a día de hoy, absolutamente insostenible, sobretodo, una vez que la última reforma de legislación civil reguladora del procedimiento de concurso de acreedores ha venido precisamente a establecer que dicho procedimiento se podrá y se tendrá que aplicar tanto a quienes tengan la consideración de comerciantes como a quienes no gocen de tal cualidad⁶⁸.

No estamos, por tanto, ante figuras delictivas protectoras de bienes jurídicos de distinta naturaleza (colectivo uno, individual el otro) y tal vez sea por ello, por lo que la mayor parte de la doctrina, con el respaldo de un importante sector de la jurisprudencia se ha decantado por entender que lo que realmente las diferencia y justifica su distinto tratamiento punitivo es el grado de afectación que la realización de sus correspondientes injustos produce sobre el bien jurídico que tienen en común, ya que mientras el del alzamiento daría lugar a una simple puesta en peligro del derecho a la satisfacción patrimonial de los acreedores, el del concurso fraudulento debería generar una efectiva lesión de dicho valor para alcanzar su consumación, como se deduce, a juicio de algunos, del hecho de que el segundo apartado del artículo que contempla este último delito obligue al juez a tener en cuenta, precisamente, la cuantía del perjuicio

65 NIETO MARTÍN, A. *El delito de quiebra* cit. ant. p. 224. Por otra parte, en un intento de solventar esta posible situación, CABALLERO BRUN, D. considera que este problema se podría arreglar, incluso cuando se hubiese alcanzado la sentencia penal antes de la declaración judicial del concurso, entendiendo que la conclusión de este último procedimiento sería un hecho nuevo que abriría las puertas al recurso extraordinario de revisión del art. 954.4º LECrim. En Op. cit., ant. p. 357.

66 Así lo señala, NIETO MARTÍN, A. entendiéndolo, por tanto, que ambas figuras entrarían en una relación de concurso de leyes cuando se fundamentasen en unos mismos hechos, en *El delito de quiebra* cit. ant. p. 226 y ss.; lo que supuso un cambio radical con respecto a la postura que defendió en su previo trabajo referido a la materia, en el que se inclinaba por considerar que la relación existente entre ambas figuras sería de concurso de delitos, (cfr. el mismo autor en “Las insolvencias punibles en el nuevo Código penal” AP n.º 40, 1996, p. 780 y ss.) y llevó a que CABALLERO BRUN, F. le reprochase que con dicho cambio de postura hubiese venido a obviar todos los esfuerzos realizados con el fin de diferenciar ambas clases de concursos y que, su modo de ver, obligarían a apreciar un concurso de delitos en estos supuestos, siempre y cuando las operaciones descapitalizadoras realizadas se hubiesen efectuado total o parcialmente antes de la declaración judicial de concurso., op. cit. ant. p. 413 y 414.

67 FEIJÓO SÁNCHEZ, B. en “Crisis económica y concursos punibles” cit. ant.

68 Cfr. NIETO MARTÍN *El delito de quiebra* cit. ant. p. 186 y ss. De hecho, y por otra parte, señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., acertadamente a nuestro juicio, que ni existe nada en el tipo que justifique el establecimiento de dicha exigencia, ni la misma parece que se justifique a lo establecido en la vigente ley concursal que ya no distingue entre comerciantes y no comerciantes a la hora de regular sus posibles insolvencias. “El delito de insolvencia del artículo 260 CP, tras la nueva ley concursal”... cit. ant. p. 1564.

ocasionado con su realización a la hora de graduar la pena que se tendría que imponer a su autor⁶⁹.

La solución al problema planteado sería entonces definitiva. Nos encontramos ante dos delitos que siempre estarían en una relación de concurso de leyes cuando se refieran a un único hecho, con lo que por más que se diesen las circunstancias fundamentadoras de ambos en un único hecho, éste nunca podría ser castigado mediante la apreciación simultánea de los dos y la condena por cualquiera de ellos impediría que se pudiese abrir un nuevo procedimiento por el otro sin violar el principio procesal de “cosa juzgada”.

Ahora bien, pese a lo extendida que está esta interpretación, creemos que la misma debe ser objeto de una más detenida revisión.

Así, por ejemplo, se debe señalar que el hecho de que el art. 260.2 CP establezca que el juez habrá de tener en cuenta la magnitud del perjuicio ocasionado con la realización del delito de concurso punible a la hora de determinar la pena aplicable a su autor, en modo alguno obliga a considerar que esta figura sea un verdadero delito de lesión, sobretodo, si se tiene en cuenta, como señala FARALDO CABANA, que en dicho precepto se contemplan otros dos criterios diferentes y alternativos con respecto a al anterior, como son los relativos al número de acreedores afectados y su condición económica, que sin duda permitirán que juez pueda determinar la pena aplicable a dicho sujeto sin mayores problema incluso cuando su actuación solo ponga en peligro los intereses de sus acreedores, sin llegar, por tanto, efectivamente a lesionarlos⁷⁰.

Tampoco parece, por otra parte, que se pueda sostener que el hecho de que el delito del art. 257 CP no contemple un precepto de determinación de su pena similar al anteriormente comentado sea muestra evidente de que la efectiva producción del perjuicio resulte completamente ajena e irrelevante para esta figura delictiva.

De hecho, la producción de dicho resultado lesivo puede dar lugar a la apreciación de alguno de sus tipos cualificados contemplados en el apartado 4 del art. 257 CP (p. ej. por superar los 50000 €), lo que se debe a que, como bien señala NIETO MARTÍN, no existe obstáculo alguno para que este último delito pueda valorar y de hecho valore y castigue aquellas conductas elusivas del deudor que lleguen finalmente a materializarse en la efectiva lesión del derecho a la satisfacción patrimonial de sus acreedores sin dar lugar a la apertura del procedimiento de concurso exigido por el delito del art. 260 CP; supuestos éstos, en los que, pese a que el deudor habrá ocasionado con su conducta una efectiva lesión o perjuicio patrimonial al acreedor o acreedores en cuestión, solo se podrá apreciar la realización del delito del art. 257 CP y no la del concurso fraudulento, con lo que se hará evidente que no será la producción o no de dicho resultado lesivo la que venga a determinar cuándo nos encontraremos ante uno u otro delito⁷¹.

Habrà que buscar entonces otra razón o fundamento que justifique el diferente tratamiento punitivo que nuestro Código penal establece para estas dos figuras, lo que, en nuestra opinión, obliga a analizar con más atención la concreta incidencia que sobre las actuaciones descapitalizadoras del deudor tendrá el hecho de que en su realización concorra o no aquello que parece ser el único elemento que claramente diferenciará ambos delitos, la presencia o la ausencia de la declaración en concurso de acreedores de su autor⁷².

Lo primero que se ha de señalar a este respecto, es que el procedimiento en el que se podría llegar a emitir la comentada resolución judicial, como es sabido, si bien tiene por primera finalidad la de constatar judicialmente la existencia de la insolvencia o la de la crisis económica del deudor involucrado en el mismo, tras haberlas confirmado e inmediatamente a continuación, trata de promover el mantenimiento de la actividad económica de quien se encuentra en ellas, fomentan-

69 En este sentido, se manifiesta expresamente MUÑOZ CONDE, F. *El delito de alzamiento de bienes...* cit. ant. p. 195 o el mismo autor en *Derecho penal Parte especial...* cit. ant. p. 471; postura que parece ser compartida por la mayor parte de la doctrina, como NÚÑEZ CASTAÑO, E., op. cit. ant. p. 437; GONZÁLEZ RUS, J. J., op. cit. ant. p. 544; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAILLO, A., op. cit. ant. p. 462; CABALLERO BRUN, F., op. cit. ant. p. 383; OCAÑA RODRÍGUEZ, A. Op. cit. ant. p. 60; RODA DE MIGUEL RAMOS, J. *Código penal. Comentado y con jurisprudencia*. Ed. La Ley. Madrid, 2007, p. 659, entre otros y la jurisprudencia (p. ej. STS 1322/2004, de 10 de noviembre, o la STS 1347/2004, de 22 de noviembre, o la 116/2009, de 4 de febrero, entre otras) que también se decanta por considerar al delito del art. 260 CP como un delito de lesión patrimonial frente al de alzamiento que sería de mero peligro.

70 FARALDO CABANA, P., op. cit. ant. p. 295.

71 NIETO MARTÍN, A. “Las insolvencias punibles en el nuevo Código penal” ... cit. ant. p. 777, el mismo autor, en *El delito de quiebra...* cit. ant. p. 220. En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., op. cit. ant. p. 443.

72 BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., op. cit. ant. p. 443; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico...* cit. ant. p. 118.

do y favoreciendo la adopción de un convenio con sus acreedores, dejando tan solo para los casos en los que ello no fuese posible, la posibilidad de que finalmente los acreedores satisfagan sus créditos mediante la ejecución del patrimonio del concursado, de una forma, eso sí, ordenada y que tendrá que responder al principio de *par conditio creditorum*⁷³.

Los efectos y repercusiones que la apertura y el desarrollo de todo ese proceso ocasiona sobre los derechos de los implicados en el mismo, para cumplir con los referidos objetivos, son muchos y muy variados y es por ello, por lo que, a nuestro juicio, han de ser tenidos muy en cuenta a la hora de valorar la concreta intensidad con la que las conductas descapitalizadoras realizadas por el deudor en cada una de sus fases afectarán a los derechos a la satisfacción patrimonial de los acreedores que están envueltos en las mismas.

Así, por ejemplo y por lo que se refiere a la valoración de las conductas castigadas en el art. 260 CP, hay que tener muy presente que será precisamente la emisión del auto que declarará al deudor en concurso y con ello abrirá las puertas a la apreciación del injusto típico de dicho delito, (el contemplado en el art. 20 de la ley concursal)⁷⁴, la que, además de dar lugar a la aparición de la primera declaración judicial que corroborará y respaldará, cuando menos de forma provisional, la existencia de la situación de insolvencia real o inminente de dicho sujeto⁷⁵, también llevará a que sus acreedores dejen de poder iniciar procedimientos ejecutivos individuales contra el patrimonio del ya declarado en concurso (art. 55 LC y 56 LC), debiendo incluso suspenderse todos los que se estuviesen tramitando por haberse iniciado antes de la emisión de tal resolución y tenerse como nulos todos aquellos que se pudiesen llegar finalmente a ejecutar contraviniendo la prohibición que de la misma se derivará⁷⁶.

Nos encontraremos entonces con que cuando el deudor provoca o agrava su insolvencia dando lugar a la emisión de dicha resolución judicial o una vez que la misma ya se ha emitido, generará el riesgo de que se produzca una lesión para los derechos a la satisfacción patrimonial de sus acreedores que, siempre y en todo caso, será posterior y, por tanto, más profunda y grave que aquella cuya producción completaría el tipo de injusto del art. 257.1.2º CP, la derivada de la mera paralización o impedimento de los procedimientos individuales. En concreto, generará el riesgo de que dichos sujetos puedan llegar a perder total o parcialmente, pero con carácter definitivo, sus derechos a la satisfacción patrimonial; riesgo que sin duda también se genera con la realización de la conducta del tipo general del alzamiento del art. 257.1.1º CP, pero que en el caso contemplado en el delito del art. 260 CP estará mucho más cerca de llegar a materializarse efectivamente en tal resultado, no solo como consecuencia de en dicho delito ya existiría y se habría abierto un procedimiento judicial que podrá terminar con la ejecución final de los bienes fraudulentamente minorados por el deudor y en el que el juez, que podría llevarla a cabo, habría ya incluso declarado y reconocido provisionalmente el estado de insolvencia del deudor, sino también porque será precisamente dicha declaración la que podrá llevar a que los propios acreedores se avengan voluntariamente a renunciar a todo o a parte del legítimo derecho a la satisfacción patrimonial que les correspondería mediante la aceptación del convenio propuesto en dicho procedimiento, para reducir el perjuicio que creían se habría irremisiblemente de derivar de su finalización.

Habrà que entender entonces que nos encontraremos ante un delito que castiga la producción de un verdadero peligro concreto respecto a la pérdida definitiva de los derechos de los acreedores afectados por su realiza-

73 Sobre este procedimiento, sus finalidades y diferentes fases tras la reforma del 2003, véase lo comentado, por ejemplo, por OCAÑA RODRÍGUEZ, A., op. cit. ant. p. 19.

74 Compartimos, en este sentido lo mantenido en su día por GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. cuando señalaba que la referencia que hace el art. 260 CP a la declaración de concurso del deudor debe considerarse referida al comentado auto y no al de mera admisión a trámite de la petición de declaración, ni a la sentencia definitiva que califique dicha situación, ya que mientras que la primera de estas resoluciones no declara formalmente al deudor en concurso, si se exigiese, para apreciar este delito, que se tuviese que alcanzar la segunda, la sentencia definitiva se estaría entrando en abierta contradicción con lo que expresamente establece dicho artículo cuando indica que tal delito "... se podrá perseguir sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste", en "Ley concursal e insolvencia punible" cit. ant. p. 1452.

75 Así lo afirman, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. quien señala que mediante dicha declaración el estado fáctico de la insolvencia adquiere la condición jurídica del concurso, en *Derecho penal económico*... cit. ant. p. 124 o NIETO MARTÍN, A., que destaca que, de hecho, resulta destacable que dicha declaración judicial altere de forma significativa el *status* jurídico-económico del deudor que se encontraba en situación de insolvencia, en "Las insolvencias punibles en el nuevo Código penal"... cit. ant. p. 779.

76 Cfr. CABALLERO BRUN, F., op. cit. ant. p. 414, OCAÑA RODRÍGUEZ, A Op. cit. ant. p. 41.

ción y en el que la emisión de la declaración en concurso del acreedor, si bien no tiene por qué ser producto de la conducta realizada por el deudor, desempeñará un papel fundamental a la hora de delimitar la generación del resultado de peligro que completará su injusto⁷⁷. Un delito de peligro cuya realización, por otra parte, siempre dará lugar a una afección posterior y más profunda del derecho a la satisfacción patrimonial de los acreedores que aquella que castiga el delito de peligro hipotético del art. 257 CP, con lo que su apreciación siempre consumirá o absorberá al injusto propio de esta figura, impidiéndose así que ambas figuras se puedan predicar de forma simultánea con respecto a un mismo hecho, ni siquiera mediante la apertura de un nuevo procedimiento judicial, ya que ello siempre vendría a infringir el principio de *ne bis in idem* desde un punto de vista material o procesal⁷⁸.

Quedaría así justificado el mayor castigo de esta figura con respecto a las contempladas en el art. 257

CP, se diferenciarían claramente sus correspondientes injustos típicos y se dejaría definitivamente definida la relación concursal y procesal que se habría de apreciar entre los mismos cuando resulten predicables respecto a un mismo hecho, con lo que se conseguiría encajar de forma adecuada otra de las cuestionadas piezas del complejo rompecabezas normativo al que nos venimos enfrentando.

Ahora bien, como ya apuntamos, éste no es el único delito relacionado con el procedimiento de concurso de acreedores que plantea problemas. También lo hacen el de favorecimiento de acreedores contemplado en el artículo 259 de nuestro Código penal y el de presentación de datos contables falsos del art. 261 CP.

Comenzando por este último delito que castiga al deudor que, una vez abierto y en el seno de un procedimiento concursal⁷⁹, presenta de datos contables falsos para conseguir que se le declare indebidamente en concurso⁸⁰, afirman algunos autores que lo que el legisla-

77 Mucho ha discutido y discute nuestra doctrina sobre la importancia y concreta naturaleza jurídica de la exigencia de dicha declaración contenida en el art. 260 CP, existiendo autores que consideran que la misma introduce una condición objetiva de perseguibilidad que impide que dicho delito se pueda perseguir antes de que se haya llegado a emitir dicha resolución, como mantienen QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al Código penal español*... cit. ant. p. 156; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. "Ley concursal e insolvencia punible" cit. ant. p. 1454; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAILLO, A., op. cit. ant. p. 463; CUGATT MAURI, M., op. cit. ant.; otros que entienden que condiciona su punibilidad, como mantienen MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal Parte Especial*... cit. ant. p. 469; NÚÑEZ CASTAÑO, E., op. cit. ant. p. 435; CABALLERO BRUN, F., op. cit. ant. p. 352; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico*... cit. ant. p. 125; BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., op. cit. ant. p. 444 o FARALDO CABANA, P., op. cit. ant. p. 294, NIETO MARTÍN, A. *El delito de quiebra*... cit. ant. p. 49 y ss., mientras que, finalmente, y para un sector ciertamente minoritario, en el que se encuentra CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. *Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia*. Ed. Bosh Barcelona, 2012 p. 971 y ss., su exigencia define y concreta uno de los elementos delimitadores de su propio tipo de injusto. A nuestro modo de ver, dicha exigencia no actúa una condición objetiva de perseguibilidad porque, como bien señala FEIJOO SÁNCHEZ, B. su efectiva consecución no impide en modo alguno que el delito se pueda perseguir, sobretodo, si se dan los requisitos del alzamiento de bienes, en "Crisis económica y concursos punibles" cit. ant. Tampoco se puede considerar como una mera condición objetiva de penalidad, ya que, por una parte y como hemos visto, la presencia de dicha resolución, pese a no ser o tener porque ser un resultado derivado de la actuación del deudor, afecta directamente a la gravedad del hecho que éste habría realizado al definir el desvalor de resultado derivador de su actuación, con lo que está referida a razones de fundamentan el merecimiento de pena de la conducta que castiga y no a las que valorarían la necesidad de su efectiva sanción penal, razones, éstas que sí serían susceptibles de ser analizadas en la punibilidad, mientras que por otra parte, tampoco se la podría considerar como requisito de la punibilidad ya que hacerlo llevaría a que, precisamente, aquello que fundamenta el mayor castigo del autor de este delito, la citada resolución judicial, no tuviese que ser abarcada por su dolo para fundamentar su más severo castigo, lo que no parece de recibo ni, sobretodo, resulta coherente con la naturaleza eminentemente patrimonial de este delito.

78 En contra de esta postura, se manifiesta, como ya vimos, NIETO MARTÍN, A. *El delito de quiebra*... cit. ant. p. 225.

79 Así, lo mantiene GONZÁLEZ CUSSAC, J. J. por entender que esta interpretación viene avalada por el hecho de que los art. 5 y ss. LC permiten entender que hay procedimiento concursal antes de la intervención judicial "Ley concursal e insolvencia punible" cit. ant. p. 1454; cambiado así su postura anterior mucho más restrictiva, sostenida en "Presentación de datos falsos relativos al estado contable..." cit. ant. p. 191 y ss. También se muestra favorable a la comentada interpretación amplia del comienzo del procedimiento, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico*... cit. ant. p. 151 y ss.; FARALDO CABANA, P., op. cit. ant. p. 320; SAGREDA TIZÓN, J. M. *El derecho concursal en el nuevo Código penal*, Ed. RGD. Valencia, 1998 p. 102 y ss.

80 Véase en este sentido, lo comentado por GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. quien afirma que el delito del art. 261 CP solo castiga la utilización de verdaderas falsedades ideológicas y solo cuando ésta se realiza ante determinados órganos y con una finalidad muy específica, con lo que la falsedad deja de ser el verdadero fundamento del castigo de este delito y pasa a convertirse en un mero *instrumentum sceleris* del acto que realmente se castiga que es el de su "Presentación de datos falsos relativos al estado contable..." cit. ant. p. 177 y ss. De hecho, el que en este delito se utilicen documentos que contienen falsedades meramente ideológicas realizadas sobre documentos que no son oficiales ni públicos es lo que determina que tales actuaciones no se puedan castigar por los delitos de los arts. 393 y 396 de nuestro Código penal, tal y como destacan MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico*... cit. ant. p. 148 o FARALDO CABANA, P., op. cit. ant. p. 319. De otra opinión, sin embargo, es GONZÁLEZ RUS, J. J. quien considera que, en realidad, este delito castiga

dor pretende con su tipificación es castigar aquellas actuaciones que tratan de obtener dolosa e indebidamente la declaración de concurso contemplada en el tipo del art. 260 CP⁸¹, pero que intentan hacerlo, no mediante la causación o agravación de la situación de quiebra o crisis económica que sanciona este último delito, sino a través de la utilización de unos documentos que simulan una situación realmente inexistente⁸²; lo que llevará a dicha conducta se mantenga al margen del tipo de injusto del delito de concurso punible y, consecuentemente, no pueda ser castigada ni siquiera por la controvertida apreciación de la tentativa de dicho delito⁸³, justificándose así que el legislador se haya visto obligado a castigarla mediante la específica creación de la figura contemplada en el art. 261 de nuestro Código penal.

Ahora bien, si se parte, como aquí se hace, de que las descapitalizaciones que pueden determinar la apreciación del delito de concurso punible o incluso del alzamiento de bienes no tienen porque ser ocasionadas de forma material, mediante la realización de actos de ocultación física, disposición o entrega de los bienes del deudor a terceros, sino que también pueden consistir en actuaciones meramente fingidas o aparentes, efectuadas, por ejemplo, gracias a la mera ocultación documental de los bienes que continuarían en poder del deudor o la aparición de deudas y gravámenes inexistentes en los documentos que dicho sujeto, conforme a

lo dispuesto en el art. 6 LC, ha de entregar al solicitar su declaración voluntaria en concurso de acreedores, no parece que la conducta sancionada en el art. 261 CP no pueda ser, en principio, subsumida en el hipotético tipo de injusto de la tentativa del la figura contemplada en el art. 260 CP o incluso en el tipo consumado del delito de alzamiento de bienes, con lo que podría nuevamente volver a cuestionarse que la expresa previsión de dicho delito resulte realmente necesaria.

Sin embargo, esta primera impresión olvidaría el hecho de que mientras que la mera utilización de los documentos falsificados que castiga el art. 261 CP no puede ser castigada por el delito de alzamiento de bienes, dado que su realización no determinará que exista la apariencia de insolvencia que exige y delimita a la conducta típica propia de este delito de mera actividad hasta que el juez competente dé visos de veracidad a la documentación presentada mediante la emisión del auto en que declarará en concurso a aquel que la presentó, lo que daría lugar a la apreciación del delito consumado del artículo 260 CP, tampoco podrá ser sancionada por la supuesta tentativa de este último delito, dado que al ser el mismo un verdadero delito de peligro concreto para los derechos de los acreedores, su imperfecta realización se mantendrá, como a nuestro juicio sucede con la de todos los delitos de peligro, en el ámbito de la más absoluta atipicidad⁸⁴.

una conducta perfectamente incardinable en los delitos de presentación en juicio de un documento falso de los art. 293, 396 o 461 CP, en Op. cit. ant. p. 545.

81 En sentido contrario se manifiesta GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. quien entiende que lo que ha de perseguir el autor de este delito es la calificación definitiva de concurso (quiebra en aquel momento), "Presentación de datos falsos relativos al estado contable ..." cit. ant. p. 195; postura que no podemos compartir, ya que no se adecua a una interpretación sistemática de los dos preceptos comentados, ya que si se mantiene, como aquí se hace e incluso admite el comentado autor, que la declaración de concurso que exige el art. 260 CP, es aquella que se deriva de la emisión del auto que declara su existencia y no la sentencia definitiva que cierra dicho procedimiento, no parece razonable pensar que cuando el art. 261 CP exige que su conducta típica se tenga que realizar para obtener dicha declaración, ésta pueda ser interpretada de otra forma que considerando que la misma es la resolución judicial a la que alude el artículo que le precede.

82 Así, por ejemplo, afirma GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. que "...la conducta falsaria descrita en el artículo 261, por definición, no causa ni agrava la insolvencia", lo que posteriormente le lleva a entender que lo normal es que ambas figuras no coincidan, ya que la conducta castigada por el art. 261 CP busca una declaración indebida de insolvencia que no tiene porque aumentarla o causarla, en "Presentación de datos falsos relativos al estado contable ..." cit. ant. p. 178 y 201; mientras que MUÑOZ CONDE, F. señala que en la conducta de este delito "más que una forma de causación o de agravación de la insolvencia, es una especie de obstaculización a la labor de clarificación de la situación económica del deudor", en *Derecho penal. Parte Especial...* cit. ant. p. 441.

83 La admisibilidad de la apreciación de la tentativa de este delito es una cuestión muy discutida por nuestra doctrina, sobre todo, entre quienes entienden que la declaración de concurso del deudor exigida por dicho delito actúa como una verdadera condición objetiva de punibilidad del mismo; ya que mientras algunos de ellos consideran que dicho hecho impide la apreciación de la tentativa BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., op. cit. ant. p. 452, otros entienden que no lo impide si dicha condición se ha dado antes de la realización de su conducta típica como por ejemplo, hacen MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico...* cit. ant. p. 136 o NIETO MARTÍN, A. *El delito de quiebra...* cit. ant. p. 69 y ss., o si, por lo menos, dicha declaración judicial se produce antes de que se complete la conducta típica de este delito, como hace CABALLERO BRUN, F., op. cit. ant. p. 393.

84 En efecto, a nuestro modo de ver, lo que hace inviable la apreciación de este delito en grado de tentativa es el hecho de que se configure como un verdadero delito de peligro concreto, ya que, si bien es cierto que en esta clase de delitos, a diferencia de lo que sucede con los de mera actividad, resulta posible distinguir los momentos de realización de sus conductas típicas y de generación de aquel resultado de peligro que determinaría su consumación, lo que conceptualmente hace posible apreciar su tentativa, a nuestro juicio, si ello

Ninguno de estos delitos podrá, por tanto, llegar a sancionar la mera utilización y presentación de documentos falsificados que contempla y castiga el art. 261 CP y es por ello, por lo que se justifica que la realización de estas conductas se haya tipificado expresamente mediante la creación de este delito. Sólo así se ha conseguido evitar que tan peligrosas actuaciones se puedan mantener en la más absoluta impunidad en caso de no que no lleguen a materializarse en la declaración en concurso de acreedores que perseguía aquel que las realizó⁸⁵.

Un problema bien diferente se ha planteado en relación al segundo de los delitos anteriormente mencionados, el de favorecimiento de acreedores del art. 259 CP. Este delito castiga al deudor que, una vez admitida “a trámite la solicitud de concurso”, esto es, una vez se ha emitido el auto de admisión a trámite de la solicitud de concurso contemplada en el art. 15 LC⁸⁶, paga una deuda que realmente tiene con un acreedor, pero lo hace “con posposición del resto”.

Resulta evidente que cuando el deudor paga a alguno de sus acreedores antes de hacerlo con otros que tiene un derecho de pago igual o incluso preferente al acreedor favorecido⁸⁷, no incrementa el importe de su pasivo, con lo que no realiza ninguna conducta susceptible de ser castigada por los delitos de los artículos 257 y 260 CP⁸⁸. Sin embargo, y al mismo tiempo, también parece indudable que, por más que dicha actuación no llegue a lesionar de forma efectiva el derecho a la satisfacción patrimonial de los acreedores preteridos, sí que pondrá seriamente en cuestión el adecuado y completo ejercicio de sus derechos, ya que dará lugar a una disminución del volumen global del activo del deudor con el que dichos sujetos podrán satisfacer sus créditos, lo que podrá impedirles cobrar lo que legítimamente les correspondía, al privarles de la posibilidad de hacerlo mediante la ejecución de todo o cuando menos de parte de lo que indebida y anticipadamente se entregó al acreedor favorecido⁸⁹.

se admitiese se volverían a adelantar una vez más las barreras de protección penal del patrimonio, previamente adelantadas mediante la creación de este delito de peligro concreto, lo que permitiría que a este delito castigase conductas tan leves (cometidas sin un verdadero dolo de lesionar) y alejadas de la efectiva lesión de su bien jurídico protegido (la mera puesta en peligro abstracto de un valor, no lo olvidemos, dotado de un carácter meramente patrimonial individual) que su sanción vendría a infringir las exigencias mínimas derivadas del principio de intervención mínima.

85 Todo ello nos obliga a entender que el delito ahora comentado se encontrará en una verdadera relación de consunción con el contemplado en el art. 260 CP, como de hecho mantiene la mayor parte de la doctrina. Así entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Presentación de datos falsos relativos al estado contable...” cit. ant. p. 202; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “El delito de insolvencia del artículo 260 CP, tras la nueva ley concursal...” cit. ant. p. 1572; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. *Comentarios al Código Penal* Ed. Civitas, Madrid, 1997. p. 741, OCAÑA RODRÍGUEZ, A., op. cit. ant. p. 103 o NIETO MARTÍN, A. quien admitía la apreciación de un concurso de leyes entre esta figura y la tentativa del delito de quiebra. En *El delito de quiebra*... p. 147; postura que contrasta con la opinión sostenida por FARALDO CABANA, P., autora que partiendo, como ya vimos, de una delimitación diferente del delito del art. 260 CP de la aquí sostenida, que entendía que dicha figura solo se podría aplicar a las actuaciones descapitalizadoras realizadas tras la declaración en concurso del deudor, lo que evidentemente no sucedería con el art. 261 CP, se decantó por apreciar un verdadero concurso de delitos entre ambas figuras, al no coincidir sus ámbitos típicos. En Op. cit. ant. p. 322 o por QUINTERO OLIVARES, G. quien afirmó que, al no ser necesario que el delito del art. 260 CP se tenga necesariamente que cometer mediante la utilización de documentos castigada por el art. 261 CP, lo correcto será apreciar el correspondiente concurso ideal de delitos cuando en un mismo supuesto de hecho concurren ambos, *Comentarios al Código penal español*...cit. ant. p. 167.

86 Compartimos, por tanto, en este punto lo manifestado por GONZÁLEZ CUSSAC, J. J. “Ley concursal e insolvencia punible” cit. ant. p. 1450; postura que también es sostenida por CUGAT MAURI, M., op. cit. ant. o MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., quien, sin embargo, señala que cuando la solicitud de concurso es formulada por el deudor y no se emite propiamente el auto de admisión a trámite, sino en su caso, el de declaración de concurso; auto éste que será, a su modo de ver, el que abrirá las puertas a la apreciación de este delito en los concursos voluntarios, como consecuencia de que nuestro propio legislador lo ha asimilado expresamente en ocasiones al de admisión a trámite de los concursos necesarios, como sucede, por ejemplo, en el art. 16 LC.

87 No compartimos, por tanto, la postura sostenida por CUGAT MAURI, M. cuando afirmaba que en este delito resultaba irrelevante la naturaleza preferente o no del crédito satisfecho con respecto a los no pagados, por entender que su propio tenor literal se encargaba de señalar que se aplicará con independencia de si dicho crédito era preferente o no lo era Op. cit. ant., posición que es respaldada entre otros por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. en *Derecho penal económico*... cit. ant. p. 113, pero que no podemos compartir, ya que entendemos que lo que realmente pretende dicha expresión normativa es dejar claro que el acreedor o los acreedores favorecidos podrán encontrarse incluso en el mismo nivel de cobro que los que hubiesen sido preteridos, con lo que también podrá ser, al igual que éstos, un acreedor privilegiado.

88 De hecho, y como señala un importante sector de la doctrina, si lo que hiciese el deudor fuese pagar un crédito ficticio, para defraudar el derecho a la satisfacción patrimonial del resto de acreedores, la conducta que habría realizado sería, según los casos, la del delito del art. 257 o 260 CP, y no la del contemplado en el art. 259 CP que venimos analizando. Así lo sostienen, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico*... cit. ant. p. 111 o NÚÑEZ CASTAÑO, E., op. cit. ant. p. 433, entre otros.

89 No tiene, por tanto, porque llegar a lesionar el patrimonio de dichos sujetos para apreciar este delito, en contraste con lo que mantiene GONZÁLEZ RUS, J. J., op. cit. ant. p. 542, lo que nos lleva a entender, a diferencia de lo mantenido por CUGAT MAURI, M. en

Nos encontraremos, entonces, ante una conducta indudablemente lesiva para los intereses de los acreedores preteridos, lo que legitima su prohibición, y que además no se solapa con ninguna otra de las contenidas en el capítulo referido a las insolvencias punibles. Pero también estamos ante una actuación que, como hemos señalado, solo tendrá relevancia penal si se realiza después de que se haya admitido a trámite de la solicitud de concurso, lo que a juicio de algunos autores resulta algo más que cuestionable, ya que consideran que si la realización de estas actuaciones no es delictiva cuando se produce antes de dicha resolución judicial, carecerá de sentido que pase a serlo por el mero hecho de que se efectúe después de que ésta se haya emitido⁹⁰.

Esta crítica olvida, sin embargo, que será precisamente la emisión de la comentada resolución judicial la que llevará a que se establezcan aquellas restricciones, legales o judiciales, sobre la capacidad del deudor para disponer de sus propios que este sujeto habrá de violar para que su conducta favorecedora de algún acreedor pueda ser castigada por este delito⁹¹; violaciones que sin duda dotarán a las conductas favorecedoras castigadas por el art. 259 CP de un mayor desvalor de acción que a aquellas otras que, precisamente por haberse realizado antes de que se hubiese admitido a trámite la petición de concurso, ni infringirán ni podrán infringir ninguna de tales limitaciones, entendiéndose así que el legislador penal haya decidido tratar a unas y a otras de forma claramente diferenciada⁹².

Tampoco nos encontraremos, por tanto, ante una tipificación penal incongruente o carente de sentido, lo que podría llevarnos pensar que, pese a que el sistema normativo de las insolvencias punibles actualmente vigente resulte complejo y difícil de interpretar y articular, en realidad, ni se enfrenta a los solapamientos irresolubles, ni a da lugar a las graves incongruencias punitivas que gran parte de la doctrina le había achacado y parecían obligar a proceder a su inmediata reforma.

Sin embargo, no todo son luces en el sistema penal referido a las insolvencias punibles.

6. Las sombras del sistema: Los tipos cualificados del art. 257 CP

Lo expuesto hasta este momento podría llevarnos a creer que la actual regulación de las insolvencias punibles no necesita la urgente revisión que nuestro legislador parece decidido a realizar; impresión que, sin embargo y a nuestro modo de ver, se verá desmentida, por lo menos parcialmente, en el momento en que centremos nuestra atención en el análisis los tipos cualificados que introdujo en el artículo 257 de nuestro Código penal la LO 5/2010.

Como ya vimos, la todavía relativamente cercana Ley Orgánica 5/2010 reformó lo hasta aquel momento establecido en el ya comentado artículo 257 CP al introducir en dicho precepto dos tipos cualificados, contemplados en sus nuevos apartados 3 y 4, conforme a

Op. cit. ant. que esta figura se considerará realizada y consumada, (incluso en los casos de concurso necesario, esto es solicitado por los deudores), por más que posteriormente y tras su admisión a trámite se rechace por parte del juez la declaración final de concurso, ya que el tipo se completa en el momento en que el pago realizado pone en peligro, de forma no permitida, el derecho al resarcimiento o satisfacción patrimonial de dichos sujetos, sin necesidad de que dicho derecho se tenga finalmente que llegar a lesionar, como sucedería si se constataste que dicho pago se había realizado sin que existiesen bienes para cubrir todas las deudas existentes.

90 Así, por ejemplo, señala QUINTERO OLIVARES, G. que es cuestionable que el mero hecho de la apertura del procedimiento concursal justifique la criminalización de una conducta que no sería delictiva si se hubiese producido antes del mismo, *Comentarios al Código penal español*...cit. ant. p. 144.

91 Sobre las restricciones derivadas de la admisión a trámite de concurso véase, por ejemplo, lo comentado por CUGATT MAURI, M., op. cit. ant. o por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico*... cit. ant. p. 116 y ss.

92 Por otra parte, hemos de señalar, que algunos autores, como SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. J. se han mostrado especialmente críticos con el hecho de que este delito se castigue igual que el previsto en el art. 260 CP, por entender que en este delito, a diferencia de lo que sucede en el de alzamiento, el deudor no trata de sustraer su patrimonio a todos sus acreedores, sino que simplemente vulnera el mandato de igualdad de tratamiento para todos ellos "¿Responsabilidad penal por el art. 259 CP del acreedor favorecido? Acerca de la doctrina de la intervención impropia" en RGDP, 2, 2004, p. 18; postura que no podemos compartir, dado que entendemos que ni todos los delitos del art. 257 CP, como hemos visto, exigen que se cometan para vulnerar el derecho de todos los acreedores (piénsese en el del art. 257.1.2º CP), ni en el ahora analizado se viola simplemente, como parece mantener este autor, la *par conditio creditorum*, ya que lo que en realidad castiga este delito, al igual que sucede en el tipo general de alzamiento, es la puesta en peligro que se genera para el derecho a la satisfacción patrimonial que corresponde a los acreedores preteridos por la actuación del deudor, haciéndolo frente a una conducta, eso sí, que, si bien tal vez no ostente un desvalor de resultado asimilable a la que caracteriza al delito del art. 257.1.1º CP, ya que los pagos afectan a deudas realmente existentes, sí que parte de la realización de unos actos dispositivos que al estar expresamente prohibidos para quien los realiza, lo que no sucede antes de la admisión a trámite del concurso, dan lugar a que su realización tengan una mayor carga de antijuridicidad, incrementando así el desvalor de acción de dichas actuaciones y compensado, por tanto, el menor desvalor del resultado que su realización vendría a producir.

los cuales el autor de dichos delitos verá incrementada su pena, bien cuando “*la deuda u obligación que trataste de eludir fuese de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública*”, bien cuando en su ejecución concurriese alguna de las circunstancias 1ª, 4ª o 5ª del artículo 250 CP, esto es, cuando se diese alguna de las circunstancias que, en principio, cualifican el delito de estafa del art. 248 de nuestro Código penal.

Muchas y muy acertadas han sido las críticas que se han realizado en relación a estas previsiones legales, señalándose, por ejemplo y entre otras cosas, que no se alcanzaría a entender por qué razón solo se previó su aplicación con respecto a los delitos contemplados en el art. 257 CP, excluyéndose, sin embargo, en relación a otros, como, por ejemplo, el contemplado en el art. 258 CP, pese a que su injusto resulte perfectamente asimilable, desde un punto de vista estructural y valorativo, al de la figura general del alzamiento de bienes⁹³.

Tampoco parece demasiado acertada la decisión del legislador de trasponer sin más a este delito algunas de las cualificaciones que estaban inicialmente previstas para la estafa. De hecho y como bien apuntó en su día QUINTERO OLIVARES, dicha trasposición olvidaría que el delito de alzamiento de bienes tiene una dinámica comisiva completamente diferente a la de la figura central de las defraudaciones, ya que, entre otras cosas, es un delito que su autor comete realizando actos dispositivos sobre su propio patrimonio y no llevando mediante engaño a terceros a realizarlo sobre uno ajeno, diferencia que podrá llevar a que la aplicación de

algunos de los tipos cualificados de este último delito al alzamiento dé lugar a soluciones punitivas algo más que cuestionables, pudiendo dar lugar, por ejemplo, al absurdo de que la comentada figura castigue con mayor pena al deudor que oculta sus bienes de primera necesidad a sus acreedores, por ser éstos esenciales para su propia subsistencia, que aquel otro que hiciese lo propio con activos mucho menos importantes para su vida y lo hiciese, además, con la única finalidad de impedir que éstos pudiesen servir para satisfacer los legítimos derechos de dichos sujetos⁹⁴.

Ahora bien, todas las críticas recibidas por esta aparentemente no demasiado acertada ni meditada remisión normativa quedan completamente empujadas cuando se comparan con las que recibió aquella cualificación que obliga a imponer una pena notablemente superior al autor de este delito cuando lo realice para burlar una deuda u obligación de Derecho público de la que sea acreedora una persona jurídica de la misma naturaleza.

A esta opción legislativa se le reprochó, en primer lugar, que viniese a proteger los créditos de Derecho público de forma especial y cualificada sin exigir que las conductas descapitalizadoras que los hubiesen afectado tuviesen que ocasionar una merma de una cierta magnitud para dar lugar a semejante incremento punitivo. Este hecho, se decía, contrastaba significativamente con que el resto de tipos delictivos que protegen dicha clase de créditos exijan que sus conductas tengan que ocasionar un perjuicio efectivo de muy notable cuan-

93 Así lo señala de hecho FEIJOO SÁNCHEZ, B. quien afirma que este hecho “...*produce serias disfunciones y rompe con la equiparación en el tratamiento punitivo que había establecido originariamente el código*” en “La reforma de las insolvencias punibles”... cit. ant. 402.

94 Así lo señala QUINTERO OLIVARES, G quien destaca que esta cualificación no podrá apreciarse en aquellos casos en los que el alzamiento determine, por ejemplo, que su víctima sufra la pérdida de su casa como consecuencia del impago, ya que al no poder entenderse que en estos supuestos la conducta del autor del alzamiento hubiese recaído sobre dicho bien, tal y como exige este tipo cualificado, se hace inviable que el comentado tipo cualificado pueda castigar tales actuaciones sin infringir el principio de legalidad. “Las agravaciones de la pena del alzamiento de bienes...” cit. ant. p. 223. En un intento de dotar de utilidad a este tipo cualificado, FEIJOO SÁNCHEZ, B. afirmó que el mismo tan solo se podría aplicar cuando, por ejemplo, un constructor se alzase con las viviendas que había de entregar a aquellos compradores (sus acreedores) que las iban a usar como primera vivienda, en “La reforma de las insolvencias punibles”... cit. ant. p. 402; interpretación que podría dotar de alguna utilidad a dicha cualificación, pero que también llevaría a que la misma se tuviese necesariamente que aplicar a aquellos otros casos en los que el deudor y propietario de la vivienda se alzase con la misma (p. ej. vendiéndola mediante un contrato simulado) para evitar que el banco pudiese embargarla para ejecutar la deuda que contrajo con dicha entidad para adquirirla, lo que, evidentemente, resulta no solo indeseable sino abiertamente contradictorio con el fundamento que legitimó la existencia de esta cualificación en el delito de estafa, pero que, a nuestro modo de ver, no se podrá evitar en el alzamiento, tal y como propone el citado autor, simplemente entendiendo que en este delito el objeto alzado tiene que ser de primera necesidad para el concreto sujeto pasivo de la conducta delictiva realizada y no desde una perspectiva general, ya que, consideramos que el carácter de objeto de primer necesidad o el de vivienda no se puede determinar desde la perspectiva individual de la víctima del delito, sino que ha de concretarse atendiendo, precisamente, a su definición general o social, como se deduce del hecho de que el propio legislador termine el comentado tipo cualificado afirmando que también se podrá apreciar cuando el delito en cuestión recaiga sobre “*otros bienes de reconocida utilidad social*”; expresión que de denota el carácter puramente objetivo y no subjetivo con el que habrá que delimitar todos los bienes a los que se alude en el comentado precepto penal.

tía, (p. ej. más de 120.000 € en los delitos referidos a la Hacienda pública), para poder considerarse como delictivas⁹⁵ y podría incluso llevar a que el alzamiento de bienes realizado respecto a tales créditos se pudiese volver a cualificar por el mero hecho de haberse materializado en la producción de un perjuicio muy inferior al que se necesitaría para apreciar el tipo básico de alguna de dichas figuras, como sucedería, por ejemplo, cuando su realización ocasione un perjuicio superior a los 50.000 € que exige el tipo cualificado del art. 250.1.5º de nuestro Código penal al que expresamente remite el art. 257.4 CP⁹⁶.

No creemos, sin embargo, que estas críticas resulten del todo convincentes, ya que olvidan que si hay algo que caracteriza y diferencia tanto al alzamiento de bienes, como al resto de los delitos protectores del derecho a la satisfacción patrimonial, frente a los que, como la estafa, tutelan el previo derecho al cumplimiento de las obligaciones adquiridas, esto es que los primeros nunca exigirán que su realización tenga que producir un perjuicio de una determinada cuantía para constituir delito, lo que pone de manifiesto que el legislador siempre ha considerado más grave y tratado de forma más severa la afección de esta segunda faceta o derecho derivado de la obligación patrimonial que la de la primera y, por tanto, justifica que pueda volver a hacerlo cuando la afección de ambos derechos se concrete en una efectiva lesión referida a una obligación o crédito de naturaleza y titularidad públicas y no meramente privadas⁹⁷.

Éste, por tanto, no es el verdadero problema.

A nuestro juicio, lo que realmente hace que esta última cualificación resulte algo más que cuestionable

es que, en claro contraste con lo que hacen los delitos protectores del derecho al cumplimiento de los créditos privados y públicos, venga a proteger más severamente los derechos de satisfacción de estos últimos créditos que los de los primeros, olvidándose así que son precisamente los titulares de los créditos públicos los que gozan de mayores facultades a la hora de lograr su satisfacción por vías extrapenales e incluso extrajudiciales⁹⁸, con lo que nos encontraremos ante una cualificación que vendrá *de facto* a tutelar penalmente, de forma especial y más severa al más fuerte y al que más puede protegerse por sí mismo (a la administración), relegando al mismo tiempo la tutela del más débil y, por tanto, del más necesitado de protección (los particulares), lo que, si bien y como señala algún autor, tal vez pueda servir para estimular la preferente satisfacción de las deudas públicas frente a las privadas en tiempos de crisis⁹⁹, también llevará a que tengamos que entender que nos encontramos ante una cualificación que infringirá de forma notoria y evidente los principios de proporcionalidad e igualdad que deberían regir toda intervención penal¹⁰⁰.

Habrà que entender, por tanto, que ninguno de estos tipos cualificados terminan realmente de encajar en el ya de por sí complejo puzzle relativo a la regulación de las insolvencias punibles, con lo que podría comprenderse que el gobierno hubiese decidido aprovechar la ocasión que le ha brindado la elaboración del amplio proyecto de reforma de nuestro Código penal que en este momento se tramita en nuestro parlamento, para, entre otras cosas, tratar de arreglar el desaguado que el legislador del 2010 provocó mediante su no demasiado meditada introducción.

95 Así lo pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, F. quien además señala que también resulta paradójico que mientras en los delitos contra la Seguridad Social o la hacienda pública se puede eximir de pena a su autor por haber procedido a la regularización de su situación, esto no sucede en el delito de alzamiento *Derecho penal Parte Especial...* cit. ant. p. 431.

96 FEIJOO SÁNCHEZ, B. en "La reforma de las insolvencias punibles"... cit. ant. 403. En similares términos de manifiesta también MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal Parte Especial...* cit. ant. p. 460.

97 No le falta razón, por tanto, a SOUTO GARCÍA, E. M. cuando señala que se deben diferenciar dos clases de fraudes contra la hacienda pública, los que se producen en la fase de gestión o inspección, que exigen superar una determinada cuantía para constituir delitos, y los producidos en la fase de recaudación, donde no se necesita que se supere cuantía para apreciar la realización del delito. En Op. cit. ant. p. 243 y ss., postura que es compartida por QUINTERO OLIVARES, G. "Las agravaciones de la pena del alzamiento de bienes..." cit. ant. p. 222. Esto se debe, a nuestro juicio, a que el que el derecho a la satisfacción sólo cobra verdadera virtualidad una vez se haya lesionado de forma efectiva el primer derecho que se deriva de la existencia de una obligación (el de su cumplimiento), lo que llevará a que la lesión de este segundo derecho o faceta del derecho de crédito represente una afección patrimonial más profunda y grave que la del primero y justificará que el legislador haya decidido, como ya hemos visto, castigar la mera generación del peligro de su generación y a que incluso haya optado, en determinados casos, por incrementar la pena aplicable a aquel que la provocó cuando su conducta se llegue a materializar en la efectiva lesión de tal derecho sin tener en cuenta la concreta cuantía que ésta llegase a tener.

98 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal Parte Especial...* cit. ant. p. 459.

99 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. en "La reforma de las insolvencias punibles"... cit. ant. p. 403

100 Así, lo señala, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, G. "Las agravaciones de la pena del alzamiento de bienes..." cit. ant. p. 223.

Sin embargo, la reforma propuesta no se limita a corregir estos problemas, sino que es mucho más amplia y ambiciosa.

Veamos a continuación y aunque sea de forma somera cuáles son sus principales novedades.

7. La posible reforma de las insolvencias punibles. ¿El camino hacia un más seguro y proporcionado tratamiento penal de las insolvencias punibles?

Como hemos tenido ocasión de comprobar, dotar de sentido y de coherencia interna a la regulación de las insolvencias punibles contemplada en nuestro vigente Código penal no resulta una tarea fácil ni que se pueda completar de forma plenamente satisfactoria, con lo que no puede sorprender que nuestro legislador se muestre otra vez decidido a realizar una nueva reforma para establecer una más clara, segura, adecuada y proporcionada regulación penal de esta materia, como, de hecho, declara aspira a hacer en el ordinal XVIII en la Exposición de motivos del ya mencionado proyecto de reforma del Código penal (PCP).

Resulta evidentemente imposible analizar, en este momento y con una mínima profundidad, todas y cada una de las novedades y particularidades que la comentada propuesta de reforma pretende efectuar en relación con las insolvencias supuestamente en aras a la consecución de tales fines, por lo que tendremos que limitarnos a continuación simplemente a destacar algunas de las que nos parecen más significativas o cuestionables.

Así por ejemplo, y en primer lugar, uno de los cambios más significativos que pretende introducir la proyectada reforma se derivará del hecho de que separe en dos capítulos diferentes las conductas delictivas referidas a la frustración de las ejecuciones patrimoniales

individuales, que asimila en la Exposición de Motivos expresamente a las actuales conductas de alzamiento, y las denominadas insolvencias punibles, delitos que se diferencian de los de anteriores, precisamente, por haberse realizado en una “*situación de insolvencia actual o inminente*”, es decir, en alguna de las situaciones que pueden fundamentar la apertura del procedimiento de concurso de acreedores.

Podría pensarse entonces que, del mismo modo que los delitos relativos a la frustración de las ejecuciones se asimilan a los de alzamiento de bienes, los de insolvencias punibles se habrían configurado de una forma semejante o paralela a como lo están los actuales delitos relativos a los concursos.

Sin embargo, esta posible interpretación se verá pronto descartada, dado que los nuevos delitos de insolvencias punibles, a diferencia de lo que hacen los actuales delitos relativos a los concursos, no aparecen ya vinculados necesariamente a la posible apertura o al desarrollo del procedimiento civil de concurso de acreedores. Así se deduce del hecho de que el nuevo art. 259. 4 PCP establece que las conductas delictivas contenidas en dicho precepto se podrán perseguir por el mero hecho de que el deudor que las hubiese realizado llegase a dejar “... *de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”, lo que evidentemente puede producirse antes y sin necesidad de que el citado procedimiento civil se llegue ni tan siquiera a iniciar¹⁰¹ y de que el nuevo art. 260 PCP convierta en delictiva determinadas conductas favorecedoras de algunos acreedores, sin exigir que las mismas se tengan que producir en el seno o una vez que se haya admitido a trámite la solicitud de apertura de concurso, resolución que precisamente abriría las puertas a la apreciación de su nuevo tipo cualificado¹⁰².

101 En concreto el comentado precepto establece que “*Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso*”, lo que, por otra parte y como reconoce la propia exposición de motivos del proyecto de reforma comentado, supone que la concurrencia la comentada declaración judicial deje de actuar como elemento básico del injusto propio de estos delitos, tal y como a nuestro juicio hace en el actual delito de concurso fraudulento del art. 260 CP, para pasar a convertirse en una mera condición objetiva de perseguibilidad que no tiene porque ser abarcada por el dolo del autor de este delito, para que se le pueda castigar por su realización.

102 Así, se deduce del hecho de que el apartado 1 del citado artículo establezca que “... *Será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.*”, mientras que el siguiente apartado del mismo artículo afirme que “...*Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.*”, lo que, sin duda llevará a que el deudor que realice dichas conductas antes de que se hubiese admitido a trámite la solicitud de concurso pueda ser castigado por el tipo básico de este delito contenido en el primero de los apartados comentados, mientras que el que los realice después e infringiendo las limitaciones legales o judiciales derivadas de la resolución de apertura, pueda ya serlo por el nuevo tipo cualificado que se contempla en el segundo.

En otro orden de cosas, también resulta llamativo que la reforma establezca tipos cualificados tanto con respecto a todos los delitos de frustración de la ejecución (art. 257. 3 y 4 PCP) como en relación a los de insolvencias punibles (art. 259 bis PCP); tipos que, además y por lo que se refiere a los primeros, tratan de adaptarse a la concreta dinámica comisiva de las conductas castigadas en dichos delitos, lo que debe ser valorado muy positivamente, ya que trata de solventar los problemas que, como vimos, planteó la ya criticada reforma realizada en esta materia por la LO 5/2010¹⁰³.

Ahora bien, sorprendentemente, la comentada propuesta de reforma no solo no ha eliminado la criticable y criticada cualificación de los alzamientos fundamentada en la naturaleza pública del crédito y los acreedores afectados por tales delitos, sino que incluso ha optado por prever una cualificación parecida para los futuros delitos de insolvencia, al establecer el nuevo art. 259 bis. 3 PCP que se incrementará la pena aplicable a los delitos contemplados en el artículo que le precede (el art. 259 CP), cuando su realización afecte a créditos que correspondiesen a alguna de las Haciendas públicas nacionales o de la Seguridad Social y en una cuantía que represente más de la mitad de los créditos inmersos en el correspondiente concurso.

Evidentemente, esta decisión legislativa no solo no cerrará y solventará los problemas que la actual cualificación del delito de alzamiento referido a créditos públicos plantea, sino que a buen seguro abrirá nuevos problemas interpretativos que ya a primera vista parecen más que difíciles de resolver, dado que no solo continuará sin entenderse por qué se continuará protegiendo más al más fuerte (la administración) y menos al más débil y necesitado de tutela (los particulares) ante las conductas lesivas que pueden realizar sus deudores para afectar a sus legítimos derechos de satisfacción patrimonial, sino que tampoco parece que vaya a resultar nada fácil de explicar por qué razón el

legislador habrá decidido optar en esta nueva reforma por establecer que los nuevos delitos de insolvencias punibles solo se cualifiquen cuando afecten a créditos de la Hacienda pública estatal, autonómica, local o foral, olvidándose así de proteger de forma similar los derechos de satisfacción patrimonial correspondientes a los créditos de la Hacienda europea; postura que entrará en abierta contradicción con la tradicional exigencia comunitaria de que los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros protejan los intereses financieros de dicha entidad supranacional, cuando menos, de forma equivalente a como lo hacen con los suyos propios¹⁰⁴.

No es ésta, sin embargo, la única novedad cuestionable que contiene el proyecto. Tampoco parece que resulte del todo adecuado que el mismo amplíe el delito de utilización o presentación de datos falsos, permitiendo se pueda apreciar en relación a procedimientos ejecutivos más limitados y, por tanto, en principio, menos peligrosos para los derechos de los acreedores que el de concurso (art. 258 PCP) o que convierta el mero uso no dominical de bienes no declarados en una conducta que sirva para apreciar, cuando menos indiciariamente la comisión de este delito o incluso como una actuación que, pese a su escasa gravedad, podrá dar lugar por sí misma a la apreciación del nuevo y algo más que cuestionable delito del art. 258 bis CP por el mero hecho de haberse realizado sin autorización y de haber recaído sobre bienes embargados que se encuentren depositados.

Ahora bien, si hay una novedad en el texto legislativo que, a nuestro juicio, merezca la pena destacar y criticar, ésta es, sin duda, aquella que se deriva del hecho de que pretenda convertir al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos del deudor o a la razonabilidad económica de sus operaciones en los referentes delimitadores básicos de muchas de las actuaciones castigadas por los nuevos delitos de insolvencias punibles, en un intento, se nos dice, de lograr

103 Así, por ejemplo, no solo se elimina de los nuevos tipos cualificados del delito de frustración de la ejecución la, como vimos, criticable trasposición que contiene el actual art. 257.4 CP del tipo cualificado de estafa referido a que la realización de este delito recayese sobre bienes de primera necesidad, sino que los nuevos tipos cualificados de las nuevas figuras de insolvencias, previstas en los apartados 1 y 2 del nuevo art. 259 bis PCP, se delimitan y crean, ahora sí, de forma específica para estos delitos y no mediante remisión a los establecidos para la estafa, lo que sin duda permitirá que estas cualificaciones presenten una estructura mucho más acorde a las peculiaridades de propias de las modalidades comisivas de los delitos respecto a los que se predicen.

104 Sobre el nacimiento y evolución de esta tradicional exigencia comunitaria, véase lo comentado por ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. "El fraude de subvenciones en la UE y en el CP", p. 2 y ss. en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/el%20fraude%20de%20subvenciones%20en%20la%20ue%20y%20en%20el%20cp.pdf (últ. vis. 16-2-2014); HECKER, B. *Europäisches Strafrecht*, V. Springer, Berlín, 2005. p. 237 y ss. o TIEDEMANN, K. *Wirtschaftsstrafrecht. Einföhrung und Allgemeiner Teil*. V. Carl Heymanns, Köln, München, 2007 p. 44 y ss., entre otros.

una mayor “certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles” de tales delitos¹⁰⁵.

Podría pensarse que este cambio de paradigma intentaría acoger las propuestas que en su día se realizaron desde un cierto sector doctrinal que, bien por entender que la todavía vigente regulación de las insolvencias punibles no presentaba una determinación suficientemente clara y precisa de sus conductas típicas¹⁰⁶, bien por considerar que las delimitaba centrándose en exceso en la presencia en su realización del ánimo de perjudicar a los acreedores del deudor, lo que obligaba a los jueces a tener siempre que realizar un difícil e inseguro juicio sobre la buena o mala fe del deudor en cuestión¹⁰⁷, propusieron terminar con tales problemas, convirtiendo, precisamente, a la “gestión ordenada” del deudor¹⁰⁸ o a la “racionalidad económica” de sus operaciones¹⁰⁹ en los referentes básicos a los que habría que atender para determinar la posible tipicidad de las conductas que dichos sujetos realizasen cuando estuviesen en una situación de crisis.

Algo así es lo que parece que la reforma propuesta pretende hacer, ya que, entre otras cosas, determina que una vez que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente, no podrá ya ni asumir deudas, ni realizar actos de disposición, ni podrá pagar créditos no vencidos, si dichas conductas **carecen de justificación económica o empresarial** (art. 259.1.3. y 260.1. PCP), ni tampoco podrá participar en operaciones o negocios especulativos cuando ello, además

de carecer de dicha justificación, se considere que contrario al **deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos** (art. 259.1.5) PCP), sin que su actuación entre de lleno en el ámbito típico de los nuevos delitos de insolvencias punibles.

A esta propuesta de reforma se le podría criticar, como de hecho se hizo desde un primer momento con respecto a las opiniones doctrinales en las que parece encontrar su origen, que el convertir a tales criterios, exclusivamente objetivos, en los referentes delimitadores básicos de las conductas típicas de estos delitos, no solo no tendría por qué dotar de mayor certeza o seguridad jurídica a sus descripciones, sino que incluso podría dejarlas en una situación de absoluta indefinición, ya que, al no existir en muchas ocasiones referentes previos o prácticas comúnmente aceptadas que puedan servir para valorar si una determinada operación u actividad especulativa o arriesgada se podría entender como diligente, como ordenada o como económicamente racional en el concreto mercado y momento en que el deudor la fuese a realizar, resultaría prácticamente imposible que dicho sujeto pudiese fijar con la debida antelación y certeza si la misma podría ser subsumida o no en el tipo de injusto propio de alguna de estas nuevas figuras delictivas¹¹⁰.

Si a ello le añadimos además que, como ya hemos visto, para apreciar estos delitos ya no tendrá que haber una resolución judicial que declare, con un mínimo de seguridad jurídica y antes de que el deudor realice su

105 Así lo afirma expresamente la Exposición de Motivos del citado ante proyecto cuando establece que “La nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia conjuga una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones **contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos** que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de **ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles**, es decir, aquéllas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido”.

106 NIETO MARTÍN, A. *El delito de quiebra...* cit. ant. p. 98 y ss.

107 PAREDES CASTAÑÓN J. M., op. cit. ant. p. 1638 y ss.

108 En este sentido se manifiesta NIETO MARTÍN, A. siguiendo expresamente la propuesta de Krause, en. *El delito de quiebra...* cit. ant. p. 99 y ss.; propuesta que es también acogida por CABALLERO BRUN, D., quien considera que un sistema de este tipo ya se encontraba en el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2006 y encontraba cierto respaldo normativo en algunos preceptos extrapenales relativos a esta materia, como los contenidos en los art. 44.2 y 71.2 LC, Op. cit. ant. p. 367 y ss.

109 PAREDES CASTAÑÓN, J. M., op. cit. ant. p. 1649.

110 Esta posible crítica no ha escapado a los defensores de estas propuestas, señalando, por ejemplo y en tal sentido, PAREDES CASTAÑÓN J. M., que en el caso de que no haya criterios normativos extrapenales que permitan definirlos, habría que acudir a los criterios que nos aporta la teoría de la decisión, la cual obligaría a valorar la conducta realizada por el deudor atendiendo a la que habría realizado un agente económico eficiente del subsector en el que se realice la actividad, Op. cit. ant. p. 1648. En similares términos, pero partiendo del criterio de la gestión ordenada, se manifiesta CABALLERO BRUN, D. cuando afirma que para valorar la gestión realizada hay que atender a la racionalidad y condiciones con que funciona el mercado en que se desarrolla Op. cit. ant. p. 371. Sin embargo, como bien señala FEIJOO SÁNCHEZ, B., lo cierto es que, si bien ya son poco claras las fronteras de los tipos concretados conforme a cualquier uno de estos criterios, las mismas parecen prácticamente esfumarse cuando se ponen en relación con las actividades que un deudor común con bienes normales de consumo, donde no existen prácticamente criterios estandarizados a los que atender, en “Crisis económica y concursos punibles” cit. ant.

actuación, que el mismo estaba realmente en aquella situación de crisis económica o insolvencia que le obligaba a actuar atendiendo a dichos parámetros, resulta evidente que nos encontraremos ante una normativa que lejos de dotar de certeza y seguridad a la delimitación de estos delitos, vendrá a colocarlos en una situación de completa indefinición.

El problema planteado, como se puede comprobar, no es ni mucho menos menor, pero, pese todo, no es el mayor ni el más grave al que el cambio de paradigma propuesto se tendrá que enfrentar.

De hecho y en nuestra opinión, lo que realmente obliga a tener que rechazar dicho cambio es que tras el mismo no se halle tan solo una aséptica modificación de índole puramente técnico, como se pretende, sino que, en realidad, se oculte una decisión de política criminal de mucho mayor calado y que opta decididamente por ampliar de forma absolutamente desproporcionada e injustificable el ámbito de lo prohibido por estos delitos.

En efecto, no es solo que, al eliminar cualquier exigencia de que las conductas castigadas por estos delitos tengan realmente que generar o agravar la situación de insolvencia del deudor para ser típicas¹¹¹, se adelanten las barreras de intervención penal hasta alcanzar a actuaciones que solo representarían ya una puesta en peligro completamente abstracta de los derechos a la satisfacción patrimonial de los acreedores¹¹² o que al establecer como principal y único referente de la tipicidad de las actuaciones del deudor en crisis al hecho de que éstas no se correspondan con la que habría efectuado el deudor realmente diligente o económicamente racional, se abran las puertas al castigo penal de las meras omisiones que dichos sujetos podrían efectuar al

no hacer lo que el deudor diligente habría hecho para mantener su patrimonio con vistas a que el mismo pudiese responder ante sus acreedores, convirtiendo así a los deudores en verdaderos garantes de los intereses patrimoniales de estos últimos sujetos, como que de hecho hace el nuevo art. 259.1.9 PCP, por el mero hecho de tener una deuda con ellos y encontrarse en una complicada situación económica¹¹³.

Es que, además y lo que es incluso más grave, al convertir a los citados criterios objetivos en el único criterio delimitador del riesgo penalmente permitido de los deudores que estén en una situación de crisis y, consecuentemente, eliminar del tipo de injusto de estas figuras cualquier exigencia de que sus conductas se tengan que realizar con intención o finalidad de perjudicar a sus acreedores para ser penalmente relevantes, no solo se abren las puertas a que estas nuevas figuras puedan castigar las conductas que los deudores cometan sin intención o dolo alguno de lesionar a sus acreedores o las que efectúen, conociendo su peligrosidad, pero estando completamente convencidos de que serían precisamente las que les permitirían satisfacer las deudas que tenían con ellos, sino que, además, se da pie a que el legislador se atreva a dar un paso más y opte, como de hecho hace en el nuevo art. 259.3 CP, por castigar la realización de tales actuaciones incluso cuando se cometan de manera meramente imprudente, lo que llevará a que estos delitos puedan incluso castigar a los deudores que las realicen sin ni siquiera saber o tener consciencia de que eran peligrosas o económicamente cuestionables¹¹⁴.

La ampliación del ámbito de lo prohibido y la consiguiente restricción de lo penalmente permitido que ello supone para el deudor que se encuentre en una situa-

111 De hecho, si alguna de estas conductas diese lugar a la aparición o agravación de dicha situación habría que apreciar el nuevo tipo cualificado contemplado en el art. 259.2 PCP, que incrementa la pena aplicable a sus autores, precisamente, cuando su actuación prohibida cause o agrave la insolvencia del deudor.

112 Así, lo reconoce de hecho, el informe emitido por la Fiscalía General del Estado emitido con respecto al Proyecto en el que se afirma que *"al configurarse como delitos de peligro abstracto no será precisa la verificación de una relación de causalidad entre las conductas de insolvencia y la situación de quiebra empresarial, pues bastará una conexión de hecho o externa entra ambas"*, en *Informe del consejo fiscal al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica L0/1995, de 24 de noviembre, del Código penal* de 8 de enero de 2013 p 253, lo que evidentemente, debe entenderse en relación a la aparición de la condición objetiva de punibilidad contenida en el apartado 4 del comentado precepto y no a la insolvencia que determinaría la apreciación del tipo cualificado de su apartado 2 que necesariamente tendrá que atribuirse a la conducta dolosa o imprudente del deudor para determinar su mayor pena.

113 En concreto, el citado art. 259.9 PCP establece que se considerará autor de este delito al que en situación de insolvencia actual o inminente *"...Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial."*

114 Así se deduce, a nuestro juicio, del hecho de que el nuevo art. 259.3 PCP, establezca que cuando los hechos contemplados en los dos apartados que le precede *"...se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años ó multa de doce a veinticuatro meses"*, lo que determinará que se puedan castigarse incluso cuando quien los realice hubiera errado de forma vencible al valorar su peligrosidad o su justificación o razonabilidad económica.

ción insolvencia actual o inminente es brutal y resulta, a nuestro modo de ver y como ya hemos adelantado, absolutamente inadmisibles por desproporcionada, dado que, si ya de por sí resulta difícil de comprender por qué el mero hecho de estar o poder llegar a estar en dicha complicada situación económica puede limitar de una forma tan drástica la libertad económica de quien la sufre, todavía más complicado resultará entender cómo el Derecho penal puede castigar este tipo de actuaciones, tan alejadas de la efectiva lesión de los intereses de aquellos a quien pretende proteger (los acreedores), no solo cuando se realicen sin intención o dolo alguno de lesionarlos, sino incluso cuando se hagan con una mera imprudencia inconsciente con respecto a la posible producción de tal resultado lesivo.

Nada, a nuestro juicio, puede justificar una expansión tan desmedida y desproporcionada de la protección penal de un derecho que, como el de la satisfacción patrimonial de los acreedores, al fin y al cabo, no deja de tener sino una naturaleza puramente patrimonial individual¹¹⁵. Pero es que, además, aún más sangrante e inaceptable resulta esta expansión si tenemos en cuenta que la misma se pretende realizar, precisamente, en un contexto social como el que comentamos al comienzo de este trabajo. Un contexto en el que muchas de las personas que previsiblemente van a sufrir sus efectos, verán con verdadero estupor como aquellos que se enriquecieron inflando artificialmente los precios de las cosas que ahora ellos no pueden pagar y les abocan a

intentar realizar actuaciones arriesgadas para salir del atolladero económico en el que se encuentran, salen completamente indemnes y aún más ricos de la crisis que provocaron, mientras nuestro legislador, no solo no hace nada para sancionarles o, cuando menos, para evitar que puedan volver repetir la operación, sino que se encarga expresamente de garantizarles el cobro de los beneficios derivados de la misma, limitando la libertad e incrementando la represión penal sobre aquellos que podrían llegar a ponerlos en tela de juicio realizando operaciones peligrosas con su propio patrimonio (sus deudores), olvidándose así, por lo menos aparentemente, de que muchos de estos últimos sujetos no habrían sido sino las verdaderas víctimas de las actuaciones especuladoras que sus acreedores habrían previamente realizado.

Algo así, resulta absolutamente intolerable en una sociedad que realmente se considere democrática y en la que el principio de igualdad ante la ley pretenda ser algo más que un mero enunciado formal carente de cualquier verdadero contenido material, y es por ello, por lo que no podemos concluir este breve trabajo sin señalar que lo mejor que se puede desear al proyecto que actualmente se tramita en nuestro parlamento es que cambie radicalmente de rumbo en lo que se refiere a su regulación de las insolvencias punibles durante dicha tramitación o que, de lo contrario, vuelva lo antes posible a ese oscuro rincón del Ministerio en el que se elaboró y del que tal vez nunca debería haber salido.

115 Resulta llamativo, en este sentido, que el legislador se empeñe en afirmar que nos encontramos ante unos verdaderos delitos socioeconómicos protectores del sistema crediticio, al señalarse en el ya citado ordinal XVIII de la Exposición de motivos del comentado proyecto de reforma que nos encontramos ante unas actuaciones que “... *ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico*”, pese a que resulta indudable que ninguna de las figuras contempladas en el proyecto requiere que su realización llegue a afectar de alguna forma a dicho valor supraindividual para poder ser considerada como delictiva, lo que, a nuestro modo de ver y como hemos visto al analizar la todavía vigente regulación penal de esta materia, demostrará que, en realidad y como sucede con los delitos todavía vigentes, no estamos ante verdaderos delitos socioeconómicos, sino ante simples figuras patrimoniales individuales.