

Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad Autónoma de Barcelona

1. INTRODUCCION

El Proyecto de Ley Orgánica de C.P. de 1980 contemplaba en su título VIII referente a los delitos socioeconómicos, ya en su capítulo primero el delito de quiebra. La reforma parcial del C.P. de 1983 sólo varió la denominación de la pena de este delito de presidio a prisión, conforme a la reducción general de las clases de penas privativas de libertad que llevó a cabo. La propuesta de anteproyecto de C.P. de 1983 mantuvo la quiebra, al igual que el C.P. vigente, entre los delitos contra el patrimonio, apartándose así de la sistemática seguida por el P.80, si bien estableció una pena sumamente reducida en relación a la legislación actual (prisión de uno a seis años y multa para la dolosa, y, prisión de seis meses a dos años o multa para la culposa).

Estas vacilaciones del legislador a la hora de encontrar una ubicación sistemática a este delito (y también en la determinación del marco penal correspondiente), dicen relación con un largo debate doctrinario sobre la naturaleza de este delito y en definitiva con el bien jurídico protegido. Pero no sólo con eso. En verdad y en último término tal debate doctrinario sobre la naturaleza jurídica del delito de quiebra y sobre el bien jurídico protegido no son una simple disquisición teorizante o puramente normativa, en el sentido de un análisis deductivo o estricto, sino que están inmersos en el desarrollo y evolución histórica que ha experimentado la institución de la quiebra desde su nacimiento en la época romana (1). Y tal evolución y desarrollo a su vez están en estrecha vinculación con el sistema económico de una sociedad, con las necesidades que pretende satisfacer y con los

(1) Cfr. RAMÍREZ, José A.: *La quiebra*. Bosch. Barcelona 1959, T. I, p. 120 ss., quien añade que ya antes de los romanos hubo legislación en defensa de los acreedores frente al deudor común (p. 119).

intereses que se mueven en su interior. Por eso que mientras las sociedades primitivas se basaron sobre el trueque, no podía surgir el concepto de quiebra. Y de ahí que como muy bien recalca Carrara, el delito de quiebra surge con la aparición del comercio: «De esta manera, el crédito, o sea, la creencia en la honradez, se volvió alma, sangre y vida del comercio en los pueblos cultos, de suerte que quien privase de esa confianza al comercio, lo convertiría en un cadáver, en una reminiscencia histórica. Y como la vida del comercio está ligada a la vida de las naciones, el mantener el respeto a esa confianza no es interés tan sólo de unos pocos particulares, sino de toda la sociedad; por eso quien le causa daño y descrédito al traicionarla delictuosamente, ofende algo en cuyo mantenimiento tienen interés y derecho todos los ciudadanos; he aquí por qué la bancarrota de un comerciante debe castigarse como delito en todo pueblo civilizado...» (2).

Ahora bien, aunque lo señalado por Carrara es cierto, se refiere sólo a una determinada época histórica, en que el comercio aparecía como la fuente de la riqueza: «Muchos ejemplos atestiguan que el comercio —significando con ello, en primer lugar y principalmente, el comercio con países extranjeros— era considerado fuerza impulsora vital para la prosperidad de las naciones y la riqueza medio de poder absolutamente esencial, del mismo que el poder era esencial en cuanto que medio para adquirir riqueza.» (3). Se trata del período europeo del siglo XVI al XVIII, en que el comercio juega en Europa un papel central, y de ahí el nombre de época mercantil o mercantilista —sin perjuicio que ya algo semejante sucediera en Roma y también en los apogeos de la Edad Media—. El desenvolvimiento del comercio va unido a todo desarrollo político, económico y social de esa época, al surgimiento de los grandes imperios coloniales, a la aparición de la burguesía reordenando la estructura social de ese período. Y, por cierto, el comercio va ligado a un grupo social emergente, el de los comerciantes, en cuyas manos se concentró el capital de aquella época, sobre la base de la creación de grandes monopolios. El comercio y el comerciante juegan un rol básico en el nacimiento del Estado moderno y en la concepción de la economía. Es esta experiencia social la que recogen las leyes de esos siglos y las primeras codificaciones de la primera mitad del siglo XIX. No es raro entonces que Carrara señalara que «La índole de delito *social* es tan inherente a la bancarrota, que sería muy difícil sostener su carácter punible si se le despojara del fin de defender un bien social. Y esto aparece mucho más cierto cuando se reflexiona que la impunidad de la quie-

(2) CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho criminal*, P.E., vol. VII, Temis Bogotá 1978, p. 53.

(3) GLAMANN, Cristof: *El comercio europeo (1500-1750)*, en «Cipolla», Carlos M.: *Historia económica de Europa (2), siglos XVI y XVII*. Ariel. Barcelona. 1981.

bra dolosa en una ciudad comercial perjudica a todos los comerciantes de ésta, aunque no tengan nada que ver con dicha quiebra, ya que el crédito de todos ellos recibe un sacudimiento y una grave herida en todas las plazas comerciales de fuera. Lo innegable de este resultado hace innegociable la índole social del presente delito» (4). No es de extrañar entonces que en los países germánicos —ordenanza concursal prusiana de 1855, la austríaca de 1868 y la bávara de 1869— surgiera frente a la corriente privatística francesa un sistema publicístico (5), en que el Estado entra a controlar la administración de la quiebra, que deja de ser entonces un procedimiento de autogestión o autoayuda de los acreedores. Por eso, tampoco es extraño que para Carrara, el delito de quiebra debiese quedar incluido dentro de los hechos punibles contra la fe pública.

Esta evolución político, económica y social de los siglos XVI, XVII y XVIII da, pues, origen a esta concepción jurídica del comercio y el comerciante, y su importancia hace que se dicte toda una legislación para este sector y este grupo social. Los códigos de comercio y las leyes mercantiles nacen, pues, sobre esta base; la quiebra y el consiguiente delito de quiebra no son sino un subproducto de este estado de cosas, y como la situación más grave que se puede producir dentro de ese tipo de relaciones sociales.

Pero en la segunda mitad del siglo XIX y en especial en el siglo XX cambia esta realidad, el comercio no es ya la fuente de la riqueza, no juega el rol central de la economía, sino la actividad industrial. Un país no es rico por su comercio, sino por sus industrias. La concepción misma de la economía se expande más allá del comercio y de los comerciantes. Por eso que frente a un derecho mercantil o comercial surge un derecho económico, o bien, industrial (o empresarial) y frente al concepto restringido de comerciante surge el de empresario. La empresa es lo propio de la sociedad industrial y el empresario va a configurar el nuevo grupo social emergente. Y aunque formalmente las leyes de quiebra y los delitos de quiebra se mantienen relativamente igual, cambia su contenido, pues se aplican a una realidad política, económica y social diferente. Formalmente el empresario es también un comerciante, pero su papel en la economía no es aquél que jugó el comerciante en los siglos XVI, XVII y XVIII. Ciertamente habrá puntos de contacto, pero el empresario va a tener una actividad mucho más compleja y diversificada, abarcando todos los procesos económicos, productivos, financieros, comerciales, de servicios —estarán tanto en la producción, en la distribución y también en el consumo.

La quiebra aparece entonces como una institución con difícil ubicación dentro de toda esta evolución, o bien, se la mantiene como

(4) CARRARA, Francesco: *ob. cit.*, p. 54.

(5) RAMÍREZ, José A.: *ob. cit.*, p. 139.

aquella producto de esos primeros siglos de nacimiento del Estado moderno o relegada a un segundo plano por los acontecimientos de la segunda mitad del siglo XIX, en que el comerciante cede su puesto al empresario, o se trata, justamente, de acomodarla a la nueva actividad empresarial del siglo XX.

Estos vaivenes histórico-sociales se reflejan en el tratamiento doctrinario de la naturaleza del delito de la quiebra y en la búsqueda y determinación del bien jurídico protegido.

2. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE QUIEBRA

Las concepciones sobre el bien jurídico en la quiebra oscilan entre aquellas que ponen el acento en una perspectiva individualista o privada y aquellas que centran el objeto en un punto de vista supraindividual o colectivo. Sin embargo, hay que destacar que hay un cierto grado de indefinición en la determinación del bien jurídico por la perspectiva individualista, pues, se reconoce que junto al criterio individual habría que considerar de modo accesorio o mediato, bienes de carácter «supraindividual». Así, por ejemplo, Landrove señala: «Sería injusto, y técnicamente incorrecto, ignorar que, en cierta medida, aquellos intereses a que antes nos referíamos resultan lesionados con los actos de criminalización a título de quiebra. El problema se centra en la especificación de la relevancia que debe otorgarse a tal lesión... Se trata, en definitiva, de lesiones simplemente *mediatas* cuya importancia decae poniéndola en contacto con la estrictamente patrimonial, y no debe olvidarse que los delitos se definen por el interés *inmediatamente* atacado (6). No hay, pues, una tajante separación de lo «individual» y lo «supraindividual» por parte de las perspectivas individualistas del bien jurídico. Pero de ello no surge ninguna consecuencia dogmática, pues, se trataría, como decía ya Delitala, del motivo de la tutela, que no puede confundirse con «el interés tutelado, el objeto de inmediato con aquel mediato» (7). Sólo a veces, se plantea de *lege ferenda* remota: «en estos tipos en que el sustrato económico de los mismos ha sufrido tan serias mutaciones se impone una profunda

(6) LANDORVE DÍAZ, Gerardo: *Las quiebras punibles*, Bosch, Barcelona 1970, p. 143; así también Martí Sánchez, Jesús Nicolás: «esta lesión del patrimonio no impide que al propio tiempo derive de la comisión de éste un daño o, al menos, un peligro, para otros bienes, incluso de índole social o colectiva, tales como la fe pública, la economía pública, el comercio, etc.» (Algunos aspectos del delito de bancarrota, Goya, Santa Cruz de Tenerife 1962, p. 60); también para DELITALA, GIACOMO la quiebra se castiga no solamente en cuanto produce un daño privado, sino también un daño social (L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta, en *Diritto Penale. Raccolta degli scritti*, II, Giuffrè, Milano 1976, p. 841.

(7) DELITALA, GIACOMO: *ob. cit.*, p. 841.

revisión, ya que su actual redacción, ya centenaria, ha sido pensada para realidades sociales hoy absolutamente periclitadas. Ello traería, en consecuencia, a un primer plano de la cuestión el resultado lesivo de dimensión social, que hoy se ignora desde el plano legislativo y otorgaría especial transcendencia al detrimento de la economía nacional, por ejemplo» (8).

La discusión sobre el bien jurídico ciertamente no puede darse en este plano, pues, entonces no tendría mayor transcendencia, sino que el sostener una posición «individualista» o bien «supraindividual», significa necesariamente una diferente sistematización del delito y una distinta configuración o interpretación de sus elementos típicos. El bien jurídico en cuanto piedra angular de toda la teoría del delito (9), determina completamente el injusto específico de cada delito en particular y, por tanto, sus elementos esenciales constitutivos. De ahí, entonces, la importancia de la discusión sobre el bien jurídico en cada delito en particular, de otra manera la teoría jurídica general carecería de sentido y sería una disquisición metafísica, sin conexión con la realidad. Naturalmente, en ciertos delitos particulares resulta difícil la determinación del bien jurídico, sobre todo en aquellos ligados de una u otra manera a cuestiones económico-sociales y en que hay la tendencia a relegar éstas sólo a un interés inmediato, o bien, de significación subordinada. Ello, en gran medida, porque al teórico del Derecho penal le ha costado asumir la gran transformación operada en el campo económico y social. Le ha resultado difícil la comprensión que hay un área de intereses que se refiere a todas las personas en su desarrollo vital diario. No se trata, por cierto, de intereses «supraindividuales» en el sentido de la existencia de un ente superior o más allá del individuo —un alma colectiva, una razón superior o social—, sino de un interés que está relacionado con el quehacer diario de *cada una* y *todas* las personas de un determinado sistema. Es por eso que, como ya hemos señalado, es preferible hablar (10) de bienes jurídicos de carácter microsociales, referidos a la relación de uno y otro, al conjunto de necesidades, cuya satisfacción es esencial para la existencia del sistema, y bienes jurídicos de carácter macrosociales, referidos a las relaciones de todos entre sí, al conjunto de necesidades cuya satisfacción está ligada al funcionamiento del sistema. Esta comprensión de que el funcionamiento del sistema es también indispensable para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, ha sido muy tardía y sólo aparece con la irrupción del Estado de Bienestar

(8) LANDROVE, Gerardo: *ob. cit.*, p. 147.

(9) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho penal*. P.G. 3.^a edic., Ariel, Barcelona. 1989, p. 155 ss.

(10) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho penal*, P.E., Ariel, Barcelona, 1986, p. 5 ss.; Los bienes jurídicos colectivos, en *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona 1987, p. 195 ss.

e igual el entendimiento que el Estado no sólo tiene deberes negativos frente a los ciudadanos, sino también deberes positivos (tal como señala el artículo 9.2 de la C.E.). Sólo desde la concepción de un Estado social y democrático de Derecho se puede entender que no tiene sentido la protección de la vida y salud de los ciudadanos si al mismo tiempo no se protege, por ejemplo, el medio ambiente o la calidad del consumo, que aquella primera protección pasa a ser pura demagogia si no se configura el funcionamiento del sistema de tal manera que los ciudadanos puedan disponer de un medio ambiente y de un consumo sano.

Creemos que la indecisión doctrinaria y legislativa hasta nuestros días en relación al bien jurídico en el delito de quiebra, tiene su raíz justamente en la dificultad de aprehender los bienes jurídicos de carácter macrosocial, ligados al funcionamiento del sistema. A la inversa de lo que plantearan las llamadas posiciones «individualistas» (en verdad nunca hay un bien jurídico individual, pues todo bien jurídico está referido a una persona, esto es, a un ente social, a una relación social, por eso es preferible hablar de bienes jurídicos microsociales) sobre el delito de quiebra, lo que se trataría de averiguar es si la defensa del patrimonio que se pretendería proteger con el delito de quiebra, en verdad se logra por otros medios más adecuados ya existentes (estafa, apropiación indebida, etc.); pero al mismo tiempo destacar que en el delito de quiebra habría *algo diferente* que podría merecer la protección penal y que si se eliminara tal delito, por el hecho que el bien jurídico patrimonio está ya suficientemente protegido por otros delitos, ello podría ser grave en razón de que ese algo diferente quedaría sin protección. Y ese algo diferente, al que se hace referencia con las expresiones de interés mediato o subordinado, como se reconoce no tiene un carácter «individual», sino «supraindividual».

De ahí que la presente investigación sobre el bien jurídico en el delito de quiebra, no tiene por objeto en primer lugar, la exposición de las diferentes posturas doctrinarias al respecto, sino sobre todo esclarecer si en el delito de quiebra hay algo más propio a él que el aspecto defraudatorio, en que se pone hincapié cuando se analiza la materia sólo desde un punto de vista «individual» y que, ya como hemos dicho, está cubierto por el establecimiento de otros delitos contra el patrimonio. *Y adelantando nuestro punto de partida, sostendremos como tesis básica que el delito de quiebra no tiene sentido y debería hoy suprimirse si realmente su acento está en lo puramente patrimonial, esto es, en su carácter defraudatorio.*

2.1. Posiciones individualistas: el patrimonio como bien jurídico protegido en el delito de quiebra

La doctrina dominante en España estima que el bien jurídico es el patrimonio en el delito de quiebra. Así, Quintano Ripollés señala: «creo que no hay bastantes razones para mudar su objeto jurídico prevalente, que sigue siendo el patrimonio y precisamente el singular de los acreedores (11); o Landrove: «No dudamos que el patrimonio privado de los acreedores del quebrado es el objeto jurídico prevalente» (12).

Pero como hemos sostenido, el bien jurídico es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica (13), lo cual significa entrar a analizar los términos de tal relación y considerar entonces, desde esa perspectiva, si hay fundamento para sentar las bases de un injusto en los hechos constitutivos de la quiebra.

Ahora bien, los patrimonios de las personas se encuentran entre sí en una relación de igualdad y sometidos a las diferentes modalidades de tráfico jurídico-económico. En otras palabras, por su propio carácter, han de estar sujetos a las diversas modificaciones y afecciones que implica respecto de ellos el tráfico jurídico-económico; de otro modo no sería éste concebible y ni siquiera el concepto de patrimonio —consustancial al desarrollo jurídico-económico entre las personas—. De ahí que, a diferencia de otros bienes jurídicos personales, como la vida, la salud individual, la libertad, etc., el patrimonio no puede ser protegido penalmente en cuanto a tal, pues ello paralizaría la relación jurídico-económica de las personas, sería una contradicción contraceptual, pues sería negar el propio carácter del patrimonio, éste no podría surgir a la vida jurídica. Por eso que mientras el ordenamiento jurídico no puede aceptar o soportar un menoscabo a la vida o la salud individual, si por el contrario cuando se trata del patrimonio, así una donación es un acto completamente lícito, también una compraventa gananciosa sólo para uno de los contratantes, etc. El patrimonio de por sí no es suficiente base para fundamentar el injusto de hechos que le signifiquen un menoscabo. Luego, para que el patrimonio sea fundamento suficiente, es necesario que los términos de la relación que él implique provoque ciertas formas de especial desigualdad entre los partícipes, que sean estimadas contrarias por el ordenamiento jurídico social respecto a las posiciones que éstos deben guardar entre sí.

De ahí que tampoco se pueda añadir nada nuevo la precisión que

(11) QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T. III, Editorial «Revista de Derecho privado», Madrid, 1965, p. 65.

(12) LANDROVE, Gerardo: *ob. cit.*, p. 145.

(13) BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho penal*. P.G. 3.ª edic., Ariel, Barcelona 1989, p. 55.

se hace por muchos autores que «el bien jurídico protegido en el delito de quiebra consiste en el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos» (14). Ello vendría a significar, lo que sería un absurdo, que el hecho de contraer deudas sería ilícito, pues, como advierte aun un partidario de la dirección patrimonialista como Rodríguez Devesa, «no obstante, en los países civilizados la insolvencia por sí sola no constituye delito, ni siquiera cuando afecta a una masa de acreedores» (15). Para el sistema jurídico-económico en relación al patrimonio las deudas son un elemento inmanente a su funcionamiento, y en ese sentido, la insolvencia un evento con el cual se cuenta dentro de tal funcionamiento. De modo entonces que no se puede decir que el bien jurídico sean tales derecho de crédito, que no son sino el correlativo de las deudas. Luego la afirmación de Bajo lleva necesariamente a plantear que el hecho de constituir deudas o caer en insolvencia tendría que ser un hecho ilícito, *lo que es falso*.

Tampoco se agrega algo más por el hecho de plantear que el derecho de crédito da un derecho sobre el patrimonio del deudor; así Martí afirma que tiene «el acreedor, como consecuencia del derecho de crédito, un derecho, siquiera *difuso*, sobre el patrimonio del deudor» (16). Posición sostenida también por diversos autores sobre la base de precisar tal derecho difuso como un derecho de garantía de los acreedores sobre el patrimonio deudor (17). Pero tal derecho es inexistente, pues, como ya señala Nuvolone, «no hay un deber del deudor de no disponer de los propios bienes..., el ilícito no consiste en el hecho de disponer de los propios bienes...» (18). Si esto así fuese se paralizaría toda la vida jurídico-económica patrimonial de un país. Si el comerciante, o mejor, el empresario tuviese tal limitación en la disponibilidad de sus bienes dejaría de ser comerciante o empresario, la naturaleza de su actividad está en oposición al tipo de limitaciones. El acreedor no tiene un derecho o una garantía sobre el patrimonio del deudor, que limite a éste en su capacidad de disposición, sino solamente un derecho a ejercitar determinados medios jurídicos llegado el caso, para que sus créditos no se tornen inefectivos.

(14) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Derecho penal económico*, Civitas, Madrid 1978, p. 167/168.

(15) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal*. Parte Especial: 10.^a edic. (puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Alfonso), Dykinson, Madrid, 1987, p. 485/486. Con lo cual se coloca, con razón, en una posición radicalmente contraria a la de BAJO, para quien «el desvalor del ilícito en el delito de quiebra reside en el hecho de colocarse el deudor en situación de insolvencia». (*ob. cit.*, p. 169).

(16) *Ob. cit.*, p. 63.

(17) Cfr. DELITA, GIACOMO: *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, en «Diritto Penale», *ob. cit.*, p. 707 ss.; CONTI, Luigi: *I reati fallimentari*, TORINENSE, Torino 1955, p. 63 ss.

(18) NUVOLONE, Pietro: *Il diritto penal del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 22.

En ese sentido en el Derecho penal alemán ha predominado en la perspectiva patrimonialista, que es la dominante (19), un planteamiento de carácter más general y, por eso, se considera como bien jurídico un interés de los acreedores a la satisfacción de sus pretensiones patrimoniales (20); dirección en cierto modo seguida por Landrove cuando afirma que «matizando más, se llega a la conclusión de que la quiebra lesiona las legítimas pretensiones crediticias de los acreedores sobre el patrimonio del deudor comerciante» (21). Pero si bien con ello se eluden las dificultades en que caen todos aquellos que estiman que hay un verdadero derecho, cualquiera que sea su naturaleza, ya sea general de garantía o concreta de prenda (22), sobre el patrimonio del deudor, tampoco se ve claro por qué tal interés de los acreedores a la satisfacción de sus pretensiones patrimoniales, por sí sólo, ha de constituir el fundamento para el injusto del delito de quiebra. Esto es, por qué la no satisfacción de esas pretensiones por parte del deudor ha de constituir un injusto. Más bien pareciera que tal línea de pensamiento es un retorno a la prisión por deudas. Ni las deudas ni tampoco su no satisfacción pueden constituir un ilícito penal; ello significaría echar por la borda todos los principios básicos, tanto materiales como formales, que condicionan la intervención punitiva del Estado.

Por eso que, tratando de lograr mayor precisión en esta dirección, por algunos autores se pone el acento en que lo protegido es la satisfacción igualitaria de todos los acreedores, la *par conditio creditorum*; como señala Punzo, lo que lesiona es el derecho de los acreedores respecto del comerciante «a la igualitaria distribución de todo su patrimonio» (23). Pero ciertamente ni el hecho de la deuda, ni la insolvencia, ni aún el propio delito de quiebra tienen que afectar necesariamente esta distribución igualitaria (24). Ciertamente en ciertos casos tal distribución igualitaria puede quedar afectada, pero no siempre; en todo caso ello implicaría tener que reducir el delito de quiebra sólo a esos casos. Pero, además, tampoco aparecería claro que tal principio de la *par conditio creditorum*, válido sólo dentro de las relaciones civiles y comerciales pueda constituir fundamento suficiente para un injusto penal. Pareciera que en tal caso el Derecho penal perdería su carácter de extrema ratio, de instrumento a utilizar sólo

(19) Cfr. SAMSON, E.: *Systematischer Kommentar*, Metzner, Frankfurt a. M., intro. 283 n.3; SCHIMIDHÄUSER, E.: *Strafrecht*, B. T., Mohr, Tübingen, Cap. 11, n. 93; Schönke-Schröder, *Kommentar Beck*, München, intr. 283 n. 2.

(20) TIEDEMANN, Klaus: *Konkurs Strafrech*, de Gruyter, Berlín 1985, Vor 283, n. 43; en el mismo sentido, por ejemplo, Maurach-Schröder: *Strafrecht*, B.T., I parágrafo 43 I 3; Schönke-Schröder, intr. 283 n. 2.

(21) *Ob. cit.*, p. 145/146.

(22) Loggetto. *ob. cit.*, p. 833 ss.

(23) PUNZO, Massimo: *Il delitto di bancarotta*, TORINENSE, Torino 1953, p. 28.

(24) Cfr. MARTÍ Sánchez, *ob. cit.*, p. 54.

en última instancia. Se provocaría una confusión entre principios civiles y penales.

Es, por eso, y que con razón Rodríguez Devesa trata de lograr una perspectiva mayor dentro de ésta dirección y señala que lo que persigue «es la conducta del que además del perjuicio, empeora por su negligencia o dolosamente la situación, ya difícil, de los acreedores que colectivamente se enfrentan con un deudor insolvente» (25). Con ello ya no es el patrimonio en sí lo protegido, ni tampoco un derecho o pretensión de los acreedores, ni la pretensión igualitaria del patrimonio deudor, sino que lo que aparecería como protegido es una determinada posición de desvalimiento en que quedaría el acreedor frente al deudor. Es decir, con esta línea de pensamiento se llega a que lo propio del delito de quiebra es el abuso o conducta defraudadora del deudor en la relación patrimonial. Pero con ello, entonces, nos encontramos que el delito de quiebra no tendría entidad propia, pues tal conducta de abuso o defraudatoria no sería posible de distinguir de la estafa, del abuso de firma en blanco, de la simulación de contratos, etc. Sólo podría tener sentido en tal caso como una especie de confusión o absorción universal de todas las defraudaciones particulares, en razón justamente del hecho de la insolvencia. Pero ello, por una parte, significaría reconocer la inexistencia de un bien jurídico propio en la quiebra y, por otra, entrar a discutir en la bondad de una tal técnica legislativa. El hecho que en la propuesta de anteproyecto de C.P. de 1983 se rebajara ostensiblemente la pena en el delito de quiebra, implicó evidentemente una oposición a tal técnica legislativa, que ciertamente puede provocar una gran cantidad de abusos tanto por parte del deudor —que aparecería como privilegiado cuando comete varias conductas defraudatorias— como también por parte del acreedor —que llegado el caso podría coaccionar a un deudor con una pena sumamente desproporcionada por una sola actividad defraudatoria—. En definitiva, una tal dirección no permitiría una justa determinación de la pena respecto de actividades defraudatorias —podría pecar por exceso o por defecto—, con lo cual se estaría contraviniendo el principio constitucional de proporcionalidad (e igualdad).

En suma, el bien jurídico protegido no es posible encontrarlo sobre la base de una perspectiva patrimonial, ni sobre una formulación generalizadora o abstracta como tampoco a través de una concretización del elemento fundamentador. El patrimonio, en general o concretizado, no está en condiciones de dar una razón suficiente para configurar un injusto de los hechos constitutivos de una quiebra. Una tal postura lleva necesariamente hacia la antigua posición de la prisión por deudas, a considerar consecuentemente, como lo hace Bajo,

(25) *Ob. cit.*, p. 486.

que el «desvalor del ilícito en el delito de quiebra reside en el hecho de colocarse el deudor en situación de insolvencia» (26). O, por lo menos, a provocar una confusión del delito de quiebra con las actividades defraudatorias singulares del deudor insolvente. Uno y otro camino atenta contra las bases mismas de fundamentación de los delitos y, por tanto, del injusto, esto es, que un delito o un injusto sólo puede surgir desde el bien jurídico protegido. Y en uno y otro caso no habría un bien jurídico protegido.

Con el objeto de superar estos problemas, que parecieran surgir cuando se adopta una óptica puramente patrimonialista o individualista, ciertos autores, partiendo del patrimonio, son partidarios de una concepción ecléctica integradora, esto es, considerar que el delito de quiebra es pluriofensivo, que hay varios y diferentes bienes jurídicos protegidos. Así, por ejemplo, Tiedemann señala «Resumiendo los párrafos 283 y ss. protegen en primer lugar los intereses de los acreedores (actuales) a una satisfacción completa o lo más alta posible de sus pretensiones juridico-patrimoniales, luego los intereses crediticios de acreedores potenciales que ya están en relación con el deudor y finalmente el funcionamiento de la economía crediticia como un sistema de prestaciones de servicios, cosas y dinero, desprendido del pago al contado y del trueque» (27). Dirección semejante se encuentra en Antolisei: «A éste propósito conviene aclarar que los intereses de los acreedores que la ley tiende a tutelar, no se limitan a la conservación de la garantía sobre el patrimonio deudor, como lo consideran algunos. Junto a este interés, que es ciertamente el fundamental, existen otros que son precisamente los siguientes: 1) el interés de conocer el inventario patrimonial y el movimiento de negocios del deudor, porque sin este conocimiento la garantía patrimonial no se puede prácticamente realizar y la tutela del crédito quedaría privada de eficacia; 2) el interés del tratamiento paritario en caso de insolvencia; y finalmente, 3) el interés de que se les pague en la mayor medida y en el menor tiempo posible» (28). Y agrega: «Consideramos, por lo tanto, que también el interés de la economía pública está igualmente protegido por las normas relativas a la bancarrota. Esto no constituye nada anormal, porque en nuestro derecho son muy frecuentes las incriminaciones dirigidas a la protección de una multiplicidad de intereses, incriminaciones a las cuales corresponde muy bien la denominación de *delitos pluriofensivos*» (29).

En estos planteamiento pluriofensivos nos encontramos con dos niveles, por una parte los bienes jurídicos desde una perspectiva mi-

(26) *Ob. cit.*, p. 169.

(27) *Ob. cit.*, intr. 283 n. 55.

(28) ANTOLISEI, Francesco: *Delitos relacionados con las quiebras*, temis, Bogotá 1975, p. 23/24.

(29) *Ob. cit.*, p. 25.

crossocial y, por otra, bienes jurídicos de carácter microsocioal. Ahora bien, una simple sumatoria de diferentes concreciones del bien jurídico patrimonio, realmente no llevan a un concepto superior que elimine las deficiencias de tales concreciones en particular. En otras palabras, cada una de ellas conserva su incapacidad para justificar el injusto del delito de quiebra, y, por tanto, la simple sumatoria no la elimina, sino que la aumenta. Es, por lo demás, lo que sucede siempre con las posiciones eléctricas, en que simplemente se suman diferentes posiciones. Los que se suma es lo macrosocioal, así Tiedeman «el funcionario de la economía crediticia» y en Antolisei «la economía pública». Ciertamente, la simple incorporación de un bien jurídico macrosocioal no puede provocar una transformación ni desnaturalización de la perspectiva microsocioal de naturaleza patrimonialista. Por otra parte, como se trata de niveles completamente diferentes y contradictorios entre sí, no hay posibilidad de lograr una superación de las deficiencias de la visión microsocioal patrimonialista, lo cual, naturalmente, se refleja en el tipo legal. La tipificación va a resultar, en definitiva, deficiente o contradictoria, o bien, ambas cosas a la vez. En cuanto, a la bondad o no de los criterios macrosociales utilizados por los autores citados, no es el momento de entrar a analizarlos.

En definitiva, el planteamiento patrimonialista ni en forma exclusiva, ya sea con carácter simple o complejo, ni tampoco integrado con criterios macrosociales está en situación de explicar el injusto en los hechos constitutivos de la quiebra y, por tanto, no puede posibilitar una adecuada tipificación del delito de quiebra.

2.2. Posiciones supraindividuales respecto del bien jurídico quiebra

2.2.1. *La fe pública.*

Quien sostuvo con mayor fuerza éste planteamiento fue Carrara: «De esta manera el *crédito*, o sea, la creencia en la honradez, se volvió alma, sangre y vida del comercio en los pueblos cultos, de suerte que quien privase de esa confianza al comercio, lo convertiría en un cadáver, en una reminiscencia histórica. Y como la vida del comercio está ligada a la vida de las naciones, el mantener el respeto a esa confianza no es tan solo de unos pocos particulares, sino de toda la sociedad; por eso quien le causa daño y descrédito al traicionarla delictuosamente, ofende algo en cuyo mantenimiento tienen interés y derecho todos los ciudadanos; he aquí el por qué la bancarrota de un comerciante debe castigarse como delito en todo pueblo civilizado, y por qué ocupa su verdadero sitio entre los delitos sociales contra la *fe pública*. El crédito es el objeto de la fe pública. De él sacan los comerciantes el beneficio inmenso de crear capitales con

una hoja de papel; de obtener ingentes ganancias sobre capitales todavía no desembolsados;...» (30).

Posición semejante fue sentada ya en España por Gutiérrez (31) y, entre otros, en Italia, por Manzini (32) y De Gennaro (33). Ciertamente tiene razón Landrove cuando señala que en Carrara la expresión fé pública utilizada en este caso no coincide con la de carácter técnico jurídico, que dice relación con la veracidad y autenticidad jurídica, sino mas bien, se la identifica con la buena fe comercial, con lo cual entonces se fuerza el contenido de injusto de este delito (34).

Es cierto que las expresiones crédito y fe están semánticamente emparentadas, pero el problema no se puede hacer residir en una pura aproximación lingüística de las palabras, puesto que desde un contenido sustancial el crédito se constituye en una institución de carácter fundamentalmente económico, básica para las relaciones de carácter mercantil o bien empresarial. En cambio, la fe pública dice relación con la veracidad o autenticidad *jurídica*, por tanto, no está en referencia al comercio o a empresa. Ciertamente, pueden haber coincidencias materiales, es decir, que el crédito aparezca concretado en determinados documentos, es decir, en medios que gozan de fe pública, pero tal coincidencia material no implica una confusión de los contenidos de ambos conceptos. Por cierto, que en una quiebra pueden darse muchos delitos contra la fe pública, pero ello no significa que el delito de quiebra tenga por contenido la fe pública; por el contrario, se tratará de delitos singulares diferentes al contenido propio y exclusivo del injusto del delito de quiebra. En caso contrario bastaría con los delitos de falsedades y no sería necesario el delito de quiebra. La fe pública no está en capacidad de fundamentar el injusto del delito de quiebra, porque no es ella la que está en juego cuando el Estado interviene con su poder punitivo para sancionar los hechos constitutivos del delito de quiebra.

Sin embargo, hay que hacer constar que Carrara pone el acento en un aspecto importante del delito de quiebra desde una perspectiva macrosocial, que es la institución económica del crédito, punto que analizaremos posteriormente, y que como vimos hoy hace alusión a ella Tiedeman.

(30) *Ob. cit.* p. 53/54.

(31) GUTIÉRREZ, José Marcos: *Práctica Criminal de España*, III, Madrid 1806, p. 105.

(32) MANZINI, Vincenzo: *Trattato di diritto penale italiano*, Turín 1926, vol. VI. p. 262 s.

(33) DE GENNARO, Pascuale: *Bancarotta (Reati in materia di fallimento)*, en *Nuovo Digesto italiano*, Vol. II, Turín, 1937, p. 38.

(34) *Ob. cit.*, p. 118/119; con razón señala DELITALA «Si se entiende de este modo el concepto de fe pública pierde cualquier significado. De la forma se pasa a la sustancia; de la fe en la veracidad de los documentos, de las declaraciones, etc., a la confianza en la persona». (L'oggetto. *Ob. cit.*, p. 841).

Tampoco se podría deducir sobre la base de este bien jurídico otro de carácter más abstracto y que en cierto modo surge de todas las palabras de Carrara, esto es, es de un deber de lealtad del comerciante o empresario, que en cierto modo también está presente en aquellos autores que desde una perspectiva microsocial hablan de derecho de los acreedores —lo que implicaría un deber de los deudores a mantener incólumes sus patrimonios—. Pero tal deber de lealtad no puede constituir un bien jurídico, pues se aleja de un derecho penal garantista por el hecho y se alinea dentro de un Derecho penal del ánimo, en que lo que se castiga es sólo la actitud del sujeto y no los hechos injustos realizados.

En definitiva, la fe pública en caso alguno puede ser el bien jurídico en el delito de quiebra, lo cual no quiere decir que el crédito como tal no pueda ser objeto de análisis en vista al bien jurídico.

2.2.2. *La Administración de Justicia*

El principal sostenedor de esta posición, como bien jurídico exclusivo es Nuvolone. Parte este autor de un ataque a aquellas posiciones que sostienen que el objeto jurídico afectado sería un derecho de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, en virtud de que jamás el ilícito puede constituir en «el hecho de disponer de los propios bienes..., sino en el hecho de no cumplir o de hacer imposible el cumplimiento» (35). En otras palabras, para este autor el derecho de crédito no puede ser el objeto de tutela del Derecho penal, y, por eso, «el incumplimiento de la obligación, aunque sea voluntario, no constituye ilícito penal, sólo ilícito civil» (36). Luego, el acento del problema no está en un pretendido derecho del crédito sobre el patrimonio del deudor, sino en aquel instrumento jurídico que procura, por los medios jurídicos de que se dispone, el cumplimiento de toda obligación. Y el cumplimiento de la obligación de quiebra no tiene un carácter individual, sino colectivo, esto es, «del punto de vista del interés público a la satisfacción máxima de todos los acreedores según el criterio de la *par conditio*» (37). En otros términos, el presupuesto *concurisal*, que es el que da contenido a ese momento de cumplimiento de la obligación, implica necesariamente la consideración de los acreedores como una masa, pues se trata de proteger a un grupo y no a un individuo, hay, pues, un interés colectivo y no individual, que está inmerso en ese presupuesto *concurisal* e indisoluble con él. Por eso, justamente, «el interés jurídico inmediatamente lesionado es un interés procesal público» (38).

(35) *Ob. cit.*, p. 22.

(36) *Ob. cit.*, p. 24.

(37) *Ob. cit.*, p. 24.

(38) *Ob. cit.*, p. 25.

En términos semejantes se expresa en Alemania actualmente Arzt/Weber para quien «el frustramiento de los derechos del acreedor es por principio impune» (39). Lo cual justamente surge en razón del carácter fragmentario del Derecho penal y se hace especialmente patente en el derecho de las obligaciones y, por eso, Arzt/Weber se ponen en contradicción con la opinión dominante en Alemania respecto de la quiebra señalando que «el mero cumplimiento de la pretensión que le corresponde al acreedor frente al deudor tiene exclusivamente consecuencias civiles, sin consideración al fundamento jurídico de la exigencia (ley o contrato)» (40). Consecuentemente con estos planteamientos para Arzt/Weber «la quiebra como tal no puede ser castigada, ni siquiera cuando se producen daños considerables» (41). Lo cual para Arzt/Weber está en relación con el sistema de libre orden económico (42). Por eso, ni aún un actuar antieconómico grosero puede por sí solo ser considerado injusto y un sistema de libre mercado tiene que asumir que un actuar empresarial puede llevar a la insolvencia: el riesgo de concurso es lo que justamente haría que se hable propiamente de empresa. En otras palabras la empresa como tal siempre significaría éxito o fracaso, y el fracaso desde éste punto de vista es justamente la insolvencia. De ahí entonces, que el Derecho penal en éste caso, en su función de protección, está en relación con el concepto procesal de ejecución universal (concurso), es decir, que lo que se protege por el Derecho penal es el derecho del acreedor a la satisfacción (a prorrota) en la ejecución universal, esto es, en el concurso (43).

Los puntos de partida, muy semejantes tanto de Nuvolone como Arzt/Weber son evidentemente razonables. Ciertamente la insolvencia de por sí no puede dar origen a un delito, sería en el fondo penalizar la actividad empresarial económica de por sí, ya que evidentemente, como cualquier otra empresa, puede tener éxito o fracaso. Si se negara esta alternativa y se exigiera actuar siempre sobre seguro, ya no se podría hablar de empresa y se paralizaría toda actividad económica. De ahí que el Derecho penal por su carácter de extrema ratio y fragmentario no puede intervenir sobre tal fundamento, se trata de un ámbito ajeno al Derecho penal, es simplemente el del Derecho civil de las obligaciones. Cualquier otra posición llevaría a una confusión entre derechos subjetivos y bien jurídico; los derechos subjetivos son el objeto de protección del Derecho privado, pero no pueden constituirse en el fundamento de injusto penal, planteamiento que ya desarrollara Birnbaum en el siglo pasado, divulgado por Binding y

(39) ARTZ, Günther y WEBER, Ulrich: *Strafrecht. Besonderer Teil*, LH4, Gieseking, Bielefeld 1980, p. 73.

(40) *Ob. cit.*, p. 73.

(41) *Ob. cit.*, p. 81.

(42) *Ob. cit.*, p. 80.

(43) *Ob. cit.*, p. 74.

profundamente desarrollado desde un punto de vista político criminal por v. Liszt (44). El derecho subjetivo si se traspasa como fundamento al Derecho penal lleva a poner el acento en un criterio ético-individual, a considerar como lo central, por ello mismo el acto del individuo como expresión de un contenido ético maligno. Se va hacia una eticización del Derecho penal y, en definitiva, a un Derecho penal del ánimo, que es ajeno a un derecho de un Estado de Derecho; es un retroceso y un rechazo a los principios que dieron nacimiento al Derecho penal moderno de principios del siglo XIX. Este planteamiento queda de manifiesto en todas las tesis llamadas «individualistas» patrimonialistas, que tienden a castigar la deslealtad del deudor, a penalizar su actitud, justamente porque pretenden proteger simplemente un derecho subjetivo —el derecho del acreedor (planteamiento fundamentalmente italiano y español) o la pretensión del acreedor (posición fundamentalmente alemana)—. Pero con eso se subvierten las bases mismas del Derecho penal. Y esto aparece todavía más patente en un delito que, como se ha visto, todos destacan, aún los que sostienen posiciones individualistas extremas que mediata o subordinadamente hay también protección de bienes jurídicos «supraindividuales». En el delito de quiebra hay que reconocer, por tanto, un doble interés público, no sólo de carácter general que define al bien jurídico como tal (45), sino ya el específico referido a este bien jurídico concreto.

Pero si bien todo lo anterior es cierto y se conecta con la línea de pensamiento de Nuvoione y Arzt/Weber, el problema es saber si de todo ello se puede llegar a la conclusión que el bien jurídico concreto protegido sería el proceso y, por ello, la Administración de Jus-

(44) Cfr. sobre la evolución del concepto de bien jurídico BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho penal*. P.G., 3.^a edic., Ariel, Barcelona, 1989, p. 45 ss.'

(45) El bien jurídico pone el acento en el interés público o general, en el sentido que lo importante es la igualitaria protección de una relación fundamental de cada uno de los individuos de una sociedad, por eso, el acento no está en la acción, sino en la lesividad de la acción, es decir, que pueda afectar al bien jurídico. La acción no es considerada desde un prisma ético individual, sino por el contrario desde la realidad social. El acento en el bien jurídico significa un nuevo paradigma en el Derecho penal. Durante decenios se estimó que el delito es acción y todo el análisis de los penalistas estaba dirigido a caracterizar a la acción (y con ello el delito) desde un punto de vista antológico, ético, antropológico, moral, social, etc. y en definitiva distinguir entre buenas y malas y acciones, entre acciones normales y desviadas, etc. (y de ese modo también caracterizar el delito). Hoy al poner en el primer plano el bien jurídico, se pone como fundamento un criterio político criminal respecto a las necesidades básicas que han de satisfacerse y protegerse por un Estado social y democrático de Derecho y que se expresan en una relación social. Es por eso que decimos que el bien jurídico es una síntesis normativa concreta de una relación social determinada y dialéctica.

Ahora bien, decimos que hay un doble interés público o general en este caso, en el sentido que este bien jurídico es, además, de carácter macrosocial, referido al funcionamiento del sistema y por ello en relación a todos y cada uno de los ciudadanos al mismo tiempo.

ticia, en la medida que justamente es el proceso el medio que tienen los acreedores para hacer efectivos sus créditos y es ese medio público el que se ve afectado por los actos del deudor insolvente. Dentro de esta perspectiva no creemos válida la razón esgrimida por Antolisei en contra de Nuvolone (46) y seguida en España por Martí (47) y Landrove (48), de que el proceso no es más que un instrumento que es vehículo de intereses sustanciales, y que son estos entonces los protegidos. Una afirmación no va en contra de la otra, es cierto que es vehículo de intereses sustanciales, pero eso no quiere decir como lo demuestran los delitos contra la Administración de Justicia, que el instrumento mismo no pueda ser protegido como bien jurídico en cuanto es constitutivo de determinadas relaciones entre los sujetos que pueden ser muy valiosas para la configuración de la vida social. Por otra parte eso no quiere decir que no se protejan intereses sustanciales a los que pueda servir de vehículo el proceso.

Ahora bien, pero en el caso concreto que nos ocupa, que es el delito de quiebra, esos intereses sustanciales son los derechos subjetivos de los acreedores y esos sólo pueden tener una protección civil o mercantil, pero no una penal, si es que no se quiere caer en la prisión por deudas o en una confusión entre objeto jurídico protegido en el Derecho civil y el Derecho penal. En eso tienen razón Nuvolone y Artz/Weber, de ahí que tengan que construir el delito de quiebra sobre la protección de lo que el proceso concursal mismo significa. Pareciera que no cabe otra solución, ya que los intereses sustanciales no pueden ser protegidos por el Derecho penal en este caso, ellos no pueden darle una fundamentación al injusto del delito de quiebra. Luego si es así, los hechos constitutivos del delito de quiebra sólo podrían fundamentarse en la significación del proceso concursal mismo, en cuanto hay un interés público en que los acreedores vean satisfechos sus créditos mediante el ejercicio de los medios jurídicos de que disponen y es eso lo que sería afectado por el deudor insolvente.

Ahora bien, sin embargo, ésta conclusión pareciera discutible desde diferentes puntos de vista. En primer lugar, ello significaría que siempre el proceso destinado a hacer cumplir una obligación, cualquiera que ella sea (de dar, hacer o no hacer) tendría que estar protegido penalmente respecto del deudor que de algún modo se colocó en situación de no cumplir —por supuesto considerando de modo aparte las estafas, simulación de contratos o cualquier otro ataque de carácter patrimonialista—. Se trataría simplemente del interés público de que todo deudor deba cumplir su obligación.

En el fondo, con ello, de modo oblicuo o subrepticio se llega nuevamente a la prisión por deudas: lo que importa es asegurar pe-

(46) *Ob. cit.*, p. 23.

(47) *Ob. cit.*, p. 51.

(48) *Ob. cit.*, p. 128/129.

nalmente al acreedor que la deuda será cumplida. Ciertamente si los intereses sustanciales, los derechos subjetivos del acreedor, tienen una naturaleza puramente civil, desde el punto de vista de la protección no se ve por qué el proceso público para hacerlos efectivos va ha transformarlos en bien jurídico. Por otra parte, en lo cual tiene razón Antoliesei (49), ello querría decir que el delito de quiebra no podría fundamentarse sobre hechos anteriores al proceso concursal, lo cual, sin embargo, es legislativamente falso, ya que justamente la mayoría de los supuestos de la ley se refieren a hechos anteriores. Más aún, consecuentemente, habría que concluir que si el interés público procesal es el bien jurídico protegido en el sentido de llevar a cumplimiento las pretensiones de los acreedores, ello querría decir que la declaración de quiebra tendría que ser constitutiva del injusto y no una simple condición objetiva de punibilidad como lo plantea Nuvolone (50).

En definitiva, la Administración de Justicia y en concreto la función del proceso concursal no puede ser el bien jurídico protegido en el delito de quiebra, ya que no logra explicitar una fundamentación de la protección y tampoco por ello mismo permite una adecuada tipificación de este delito.

2.2.3. *El tráfico comercial*

Hasta ahora, las dos vías macrosociales examinadas al rechazarse el planteamiento patrimonialista, desvinculan al delito de quiebra de su raíz económica, con lo cual en cierto modo dan la espalda a la significación socioeconómica de la quiebra y el delito de quiebra. Con lo cual también pueden ser objeto de la crítica fácil por parte de las llamadas posturas «individualistas»: «Nos parece que quien no quiera cerrar los ojos delante de la realidad y ponerse en contradicción con el buen sentido, no puede dudar que la ley ley protege, ante todo, los intereses patrimoniales de los acreedores.» (51)

El autor que mejor ha precisado este bien jurídico es Pagliaro, para quien si bien en general bien jurídico sería la economía, como se trata de un concepto muy amplio, habría que precisarlo y de ahí que estime que «la bancarrota debe ser colocada entre los delitos lesivos del ordenado ejercicio del comercio» (52). Aquí la expresión «ordenado» adquiere un rol fundamental, ya que plantea la vinculación económica de este delito, se trata de aquel ejercicio del comercio adecuado a las reglas económicas que rigen el sistema. El delito de quiebra es, pues, un delito que ataca un determinado modo de desarrollo

(49) *Ob. cit.*, p. 22; cfr. LANDROVE, Gerardo: *ob. cit.*, p. 128.

(50) *Ob. cit.*, p. 32.

(51) *Ob. cit.*, p. 23.

(52) PAGLIARO, Antonio: *Il delitto di bancarotta*. Palermo, 1957, p. 37.

sano de un cierto modelo económico, el del libre mercado. No se trata, pues, de una consideración jurídica del bien protegido, como en cierto modo aparece cuando se habla de la fe pública y sobre todo de la Administración de Justicia, sino de poner de relieve el aspecto económico, que en cierto modo también aparece mediatamente en todas las consideraciones patrimonialistas de este delito. A la inversa de Delitala, aquí lo mediato para él (53), pasa a ser lo inmediato en la protección.

A pesar de que en este planteamiento el acento está más de acuerdo con la realidad socioeconómica que todos reconocen en el trasfondo del delito de quiebra y que sería el motivo de la criminalización de tales hechos, esta conceptualización del bien jurídico pareciera, por una parte, muy estrecha y, por otra, muy amplia.

Muy estrecha, porque en la actualidad el problema de la quiebra, como ya hemos dicho, no se puede ligar exclusivamente al comercio, entendido éste como una actividad económica distributiva. Hoy la quiebra no está en relación con el comercio y los comerciantes exclusivamente, conceptos propios de una época mercantilista en la concepción de la economía, sino con la actividad empresarial y los empresarios. La quiebra puede referirse a cualquier actividad empresarial en todo el ámbito de la economía, de producción, financiación, distribución aun de consumo en ciertos casos. Luego, el bien jurídico protegido no podría ser el «ordenado ejercicio del comercio», sino en todo caso el «ordenado ejercicio de la actividad empresarial».

Pero, por otro lado, este concepto de bien jurídico es demasiado amplio, ya que la ordenada actividad empresarial va mucho más allá de la problemática de la quiebra. Parecería ilógico que sólo se recogieran ciertos aspectos de tal orden para ser sancionados y especialmente desde una perspectiva jurídica y no económica. Pero, además, el concepto orden es demasiado vago e impreciso y se prestaría para la arbitrariedad; mas aún pareciera con ello sólo denotarse un aspecto de carácter administrativo y, por tanto, una confusión entre el derecho penal criminal y el derecho penal administrativo, lo cual va en contra del principio de que el derecho penal criminal es extrema ratio.

Por último, si la quiebra es una circunstancia connatural a la esencia de una empresa —es decir, que siempre puede darse un fracaso empresarial y, por tanto, un determinado desorden está siempre presente, pues nunca se podría imaginar una actividad empresarial totalmente preestablecida y fija, sino siempre en relación con nuevas circunstancias—, ello quiere decir que tampoco el concepto de orden puede fundamentar adecuadamente el delito de quiebra. En otras palabras, si así fuese se estaría penalizando la empresa como tal y contradiciendo las bases mismas del sistema.

(53) L'oggetto, *ob. cit.*, p. 842.

En suma, «el ordenado ejercicio del comercio» no puede ser el bien jurídico en el delito de quiebra y tampoco, por tanto, puede servir de base para su tipificación.

2.3. La quiebra como delito socioeconómico

2.3.1. *Análisis de la doctrina*

El planteamiento socioeconómico de este delito se encuentra ya en Carrara, quien con razón destaca que «La índole de delito social es tan inherente a la bancarrota, que sería muy difícil sostener su carácter punible si se le despojara del fin de defender un bien social» (54). Y, por otra parte, con gran acierto, destaca al crédito como elemento básico económico dentro del sistema social: «Al mercader que en el sitio mismo donde se producían los objetos hacía amplia recogida de ellos para reservarlos a las peticiones de otras personas, no siempre le bastaba el capital propio y con frecuencia tenía necesidad del crédito de los productores. El empresario o director de transportes tenía también necesidad de crédito, pues era imposible pretender de él un depósito equivalente al valor de las mercancías de tierras lejanas al lugar destinado para venderlas, no podía exigírsele en justicia ningún anticipo de capital anterior a su llegada y entrega efectiva, o que precediera a la reventa que después se haría por menor a los consumidores o a otros comerciantes de segundo orden; así, pues, también él tenía necesidad de crédito» (55).

Muchos han sido los autores que han defendido esta posición ya apuntada por Carrara, señalando en forma general que el delito de quiebra ataca la economía pública y en forma precisa la economía crediticia. Entre ellos hay que citar a Candian, para el cual desde un punto de vista general y primero este delito hay que asignarlo dentro de «la categoría de aquellos que lesionan la pública economía» (56) y en concreto dentro de éstos a aquellos que lesionan la «economía crediticia» (57). En el mismo sentido se pronuncia D'Avack, esto es, que en general la economía es el criterio sistematizador en este delito y que el bien jurídico atacado en forma precisa es la economía crediticia (58).

(54) *Ob. cit.*, p. 54.

(55) *Ob. cit.*, p. 53.

(56) CANDIAN, Aurelio: *Della bancarotta*, en «Rivista di Diritto Commerciale», 1935, t. 1, p. 218 («El problema de la clasificación en abstracto y la resolvería asignando el delito a la categoría de aquellos que lesionan la economía pública»).

(57) *Ob. cit.*, p. 219 («Se debiera incorporar en el Código penal una clasificación orgánica que exigiría que se crease un capítulo del título VIII (de los delitos contra la economía pública, la industria y el comercio), dedicado justamente a los delitos contra la economía del crédito»).

(58) D'AVACK, Carlo: *La natura giuridica del fallimento*, Padua, 1940, p. 20 ss. (23, 33).

Por otra parte, también se ha visto que aquellos autores que desde una visión pluriofensiva tratan de superar los problemas con que se enfrentan las posiciones exclusivamente «individualistas», justamente se refieren a la economía pública y en específico al crédito. Así, por ejemplo, Antolieseí: «No obstante todo lo que hemos dicho, la teoría que predomina entre los penalistas no nos parece del todo satisfactoria. Su defecto, a nuestro modo de ver, consiste en contemplar en forma estrecha y unilateral el fenómeno de la insolvencia, pues olvida considerar las graves repercusiones que tal fenómeno produce en la economía general... y, consiguientemente, el perjuicio que se deriva para la normalidad de los negocios y para la confianza en el ejercicio del comercio; en una palabra, para el crédito público» (59). En el mismo sentido se expresa Tiedemann en Alemania, para el cual «El patrimonio financiero del acreedor y el funcionamiento de la economía crediticia son puntos de vista de igual rango en la protección del bien jurídico... luego se protege el crédito como instrumento del moderno tráfico económico» (60).

También en España, aunque desde una perspectiva de *lege ferenda* se ha destacado el aspecto socioeconómico de este delito. Así, Landrove señala: «En estos tipos en que el sustrato económico de los mismos ha sufrido tan serias mutaciones se impone una profunda revisión, ya que su actual redacción, ya centenaria, ha sido pensada para realidades sociales hoy absolutamente periclitadas. Ello traería, en consecuencia, a un primer plano de la cuestión el resultado lesivo de dimensión social, que hoy se ignora desde el plano legislativo, y otorgaría especial trascendencia al detrimento de la economía nacional, por ejemplo» (61). Palabras semejantes se encuentran en el monografista del tema Carlos Viladás, para quien: «La relación social fundamentada en la propiedad y enmarcada en un contexto de liberalismo exacerbado sobre la que se construía en materia de quiebra la tutela penal de la integridad del patrimonio es obsoleta. *El cambio operado en las relaciones sociales* —en parte por la transición del Estado liberal al social de derecho— *obliga a considerar otros objetos de protección.*» (62), y más adelante agrega: «Acaso haya llegado el momento de hacer un *uso alternativo* de la institución de la quiebra guardando sus líneas maestras inherentes al sistema económico vigente, pero despojándola al máximo de su carácter privilegiado, ajustándose en suma al modelo económico que consagra la Constitución española de 1978.» (63).

(59) *Ob. cit.*, p. 24.

(60) *Ob. cit.*, intr. 283, n. 54.

(61) *Ob. cit.*, p. 147.

(62) VILADÁS JENE, Carlos: *Los delitos de quiebra*. Norma jurídica y realidad social. Península, Barcelona 1982, p. 49.

(63) *Ob. cit.*, p. 51.

Ahora bien, las críticas que se han formulado en contra del planteamiento socioeconómico de la quiebra, resultan poco sostenibles, sobre todo si en definitiva, como hemos visto, se termina reconociendo que las perspectiva socioeconómica está siempre presente en el delito de quiebra. Así, por ejemplo, la crítica de Delitala (64) de que el bien jurídico en este delito desde un punto de vista dogmático sólo puede ser el patrimonio y que toda otra consideración es de carácter político criminal —argumento que está presente en todos los contradictores de una perspectiva macrosocial—, se asienta sobre una falsa base en el análisis del bien jurídico. Ya que éste si tiene algún sentido para la teoría del delito es desde una consideración político criminal, ya que una consideración inmanentista del bien jurídico, esto es, como algo que ya está y surge de la norma, se confunde con la ratio de la norma misma y, por tanto, no presta utilidad alguna (65).

El bien jurídico tiene justamente sentido y puede entonces fundamentar y cumplir al mismo tiempo un límite a la intervención punitiva del Estado, en cuanto está más allá del sistema, es decir, desde una perspectiva político-criminal. Por eso los bienes jurídicos están en constante revisión y redefinición y no sólo los nuevos, sino también los tradicionales, como la vida, la salud personal, la libertad, el honor —así bastan como ejemplos, toda la nueva problemática de la intimidad, de la libertad sexual, de la legalización de ciertas formas de aborto, el resurgimiento del problema de la eutanasia bajo la forma de la muerte digna, las cuestiones que provoca la fecundación in vitro y la ingeniería genética, etc.—.

El bien jurídico no es, pues, una categoría dogmática en el sentido tradicional, es decir, que sus raíces son puramente conceptual normativas, sino que primeramente es un problema político-criminal, que recibe una precisión conceptual normativa y tiene por ello mismo una función fundamentadora del injusto. Lo cual es justamente ratificado por el estudio de los delitos en particular. Si no se determina el bien jurídico resulta muy difícil distinguir una figura delictiva de otra. Se producen confusiones y, en último término, arbitrariedades, ya que el ciudadano no puede nunca saber a ciencia cierta qué está prohibido y por qué.

Por tanto, cuando se dice, como Delitala (66) que el bien jurídico inmediatamente protegido es el patrimonio y que mediante la economía, habría que discutir las bases mismas de tal afirmación. Cuando se habla de bien jurídico inmediato desde un punto de vista conceptual dogmático, se hace un análisis puramente formal, ya sea en razón del título o capítulo en que está situado el delito, o bien, en

(64) L' OGETTO, *ob. cit.*, p. 842.

(65) Ver BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho penal*. P.G., 3.^a edic. Ariel, Barcelona, 1989, p. 47.

(66) L' OGETTO, *ob. cit.*, p. 169.

virtud de una pura analogía interpretativa con otros textos redactados en forma similar. Así ocurrió, por ejemplo, durante mucho tiempo con la violación o los antiguos abusos deshonestos, los cuales desde tal perspectiva se entendía que atacaba a la honestidad y no a la libertad sexual. Lo mismo sucede con el delito de quiebra, a pesar de que se reconoce el ataque a la economía, sin embargo, por cuestiones puramente formales, se llega a que es un delito contra el patrimonio. Lo que en definitiva no sirve para la delimitación del injusto y por eso las confusiones con ilícitos puramente civiles o con los riesgos propios a toda actividad empresarial, como en el caso de la insolvencia (67). O bien, se tiene que propiciar el carácter de «unidad jurídica» de la quiebra, esto es, que absorbe todas las demás figuras contra el patrimonio que surjan entre el deudor insolvente y sus acreedores (68), lo cual puede ser en general un privilegio —difícil de entender hoy en que la ley ha de ser igual para todos y, por tanto, no se podría discriminar favorablemente en razón de la calidad social de comerciante o empresario—, pero también en ciertos casos puede ser una discriminación desfavorable, ya que lo que respecto de otro podría ser una simple estafa o simulación de contrato o falsedad, se convierte para él en delito de quiebra, con todas las consecuencias universales que ello lleva consigo para el quebrado. Este tipo de contradicciones evidentes y sin posibilidad de explicación son las que surgen si se considera el delito de quiebra desde un punto de vista puramente formal como un delito contra el patrimonio. Luego, entonces, ello tiene que llevar necesariamente a la conclusión que lo esencial en el delito de quiebra no es lo que se dice «inmediato» —que es puro espejismo o reflejo analógico de otras situaciones—, sino lo que se llama «mediato». De ahí, que los autores que han pretendido superar estas contradicciones han recurrido al criterio ecléctico de la pluriofensividad (69), en que justamente el criterio económico viene a servir de elemento que salva las críticas a los fallos inherentes al criterio «individualista». Pero si eso es así no se ve entonces el sentido y la función que cumple ésta última perspectiva, más bien parecería una concesión gratuita a una sistemática del código o bien al legislador histórico o a la concepción dominante.

En suma, las críticas a la determinación económica del bien jurídico en el delito de quiebra no logran tener una sustentación firme, aún aquellas más agudas y penetrantes como las de Delitala, pues,

(67) Así en BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 169.

(68) Cfr. LANDROVE, Gerardo: *ob. cit.*, p. 270 («En efecto, la multiplicidad de los hechos de quiebra da lugar a un delito único y no a singulares delitos, a pesar de que se hayan satisfecho las precisiones lícitas de diversos supuestos en los que se contemple la quiebra punible y cada uno de ellos sea en sí suficiente para aquella clasificación»).

(69) Cfr. ANTOLISEI, Francesco: *ob. cit.*, p. 21 ss.

surgen de una concepción equivocada o unilateral respecto del bien jurídico.

2.3.2. *Conclusión: El bien jurídico es el sistema económico crediticio*

Como ya se ha analizado, el problema de la quiebra surge en un estado del desarrollo social en que aparece un sujeto como intermediario básico entre productores y consumidores y ese intermediario da la imagen que es el generador de la riqueza, se trata del comerciante. Eso se ve con claridad en el apogeo de Roma, en los momentos cúspides de la Edad Media, con sus poderosas y ricas ciudades libres —ya sea en el Mar del Norte, en el Mediterráneo o por donde pasaban las grandes rutas comerciales— y también en los nacientes Estados modernos en los siglos XVI, XVII y XVIII.

Pero la irrupción de éste nuevo grupo social sólo era posible en cuanto se produjera una reestructuración del sistema económico, especialmente de carácter financiero: moneda, bancos, medios de pago indirecto (documentos que acrediten dinero: pagarés, letras, cheques, etc.); en definitiva, en base a todo lo anterior se trata de la concepción del crédito como pieza esencial del sistema económico financiero. Ahora bien, esta pieza esencial del sistema económico financiero aparecía «naturalmente» ligada a la actividad de individuos particulares, eran ellos los creadores de la riqueza, eran ellos los que utilizaban el crédito. En otras palabras la riqueza de un país se identificaba con la riqueza de los individuos y en especial de los comerciantes. Se producía una confusión entre sistema económico y propiedad o patrimonio de los individuos. Por eso, el sujeto no libre (el esclavo, el siervo, etc.) se caracterizaba por no tener propiedad o patrimonio, de no participar en el sistema económico, de no ser libre, el sujeto valía lo que poseía. Planteamiento que sigue aún presente ya terminada la era mercantilista, de ahí el pensamiento censitario de los inicios del Estado democrático, en que se planteó el voto sobre la base de la propiedad, es decir, se es ciudadano plenamente —hombre libre—, si se posee algo.

Es ésta situación la que a su vez lleva a la confusión de la institución del crédito, como elemento vital del sistema económico financiero, con el crédito como el problema jurídico económico del derecho del acreedor a la satisfacción de una determinada prestación evaluable en dinero en su patrimonio. De ahí entonces que la quiebra se visualizara como el delito contra el patrimonio. Pero, entonces, en virtud de ésta confusión entre el funcionamiento del sistema y lo microsociedad. Con lo cual implícitamente se señalaba que la quiebra atacaba al mismo tiempo el patrimonio y el funcionamiento del sistema económico. De ahí la transcendencia que se le dió al delito de quiebra en relación a otros delitos contra el patrimonio, pues se atacaba la

institución del crédito, sobre la cual se fundamentaba todo el sistema. Por eso mismo, la quiebra fue un hecho de los iguales, esto es, de los hombres libres, de los que podían poseer y generar la riqueza de un país. De ahí las penas tremendas y elevadas (70), que aún podían consistir en dejar de ser un hombre libre, pues dicha persona había dado pruebas de no tener capacidad para poseer, de crear riqueza. Dentro de una tal concepción de la riqueza no era entonces extraño que hubiese quiebra del comerciante y del no comerciante. Si bien es cierto que el comerciante era quien aparecía como el sujeto predilecto de éste sistema, también había otros sujetos libres, poseedores, y que se aprovechaban del sistema crediticio y que podían entonces también afectarlo, aunque fuese en menor medida, ya que no eran el instrumento básico del sistema crediticio. De ahí que también la quiebra alcanzase al deudor no comerciante, aunque siempre con penas menores. Y a medida que se profundizó en la determinación de la razón de ser de la incriminación, esto es, la perspectiva económica financiera, su situación fue siendo cada vez más marginal o bagatelizada desde una perspectiva incriminadora. Esta situación y éste proceso en relación al deudor no comerciante no tiene posibilidad alguna de explicación para aquellos que sostienen posturas exclusivamente patrimonialistas, pues, consecuentemente con ellas habría que decir que no hay diferencias en uno y otro caso; en ambos se ha atacado el patrimonio del o de los acreedores, que se han visto afectados en sus derechos de crédito, y el deudor ha dispuesto injustamente de su patrimonio. Desde un punto de vista estricto patrimonialista aparece como una contradicción insalvable el diferente tratamiento de uno y otro sujeto; ello sólo se puede entender y fundamentar si se utiliza una visión macrosocial del problema.

También sólo desde una perspectiva macrosocial se puede entender el carácter de unidad jurídica del delito de quiebra o en otros términos su carácter universal. Si sólo fuese un problema microsocial, el del patrimonio, no se entendería el por qué de tal universalidad, por qué aparecía comprometido el sujeto en cuanto persona y por ello la totalidad de sus haberes y hechos en relación a él. Ello resultaría contradictorio con la naturaleza y sentido de los delitos contra el patrimonio, que jamás pueden tener un carácter total. Hay una contradicción evidente entre una concepción patrimonial de carácter microsocial y una visión universal de la quiebra, Ello sólo tiene explicación en la medida en que el sujeto está afectando el funcionamiento del sistema, en que ha fracasado como actor del sistema, como hombre libre, con capacidad de poseer y generar riquezas. Por eso, antiguamente el quebrado era degradado en su condición de igual, de perso-

(70) Cfr. BISBAL MÉNDEZ, Joaquín: *la empresa en crisis y el derecho de quiebras*, Bolonia 1986, P. 94 s.

na o actor del sistema, de hombre libre (71). Si la quiebra afectaba el funcionamiento del sistema, era también lógico darle un carácter universal, totalizador.

Por último, sólo así es además explicable otra característica destacada por todos los autores, esto es, que en el delito de quiebra se trata de *actos del sujeto sobre su propio patrimonio* (72) —como sucede en otros delitos macrosociales, como el delito fiscal o el daño sobre cosa propia de utilidad social—. Resulta sumamente extraño dentro de una concepción patrimonialista de autonomía de la voluntad que se puede incriminar los actos de disposición sobre el patrimonio, es una contradicción con todo el sistema jurídico. Por principio y por esencia los actos de disposición sobre el patrimonio, cualquiera que sea, tienen que ser lícitos. Así, por ejemplo, resultaría absurdo y sin sentido la incriminación de la destrucción de la cosa propia, por eso el artículo 562 del Código penal sólo puede configurar un tipo penal sobre tal hecho en cuanto lo protegido es un proceso de redistribución del uso de determinados bienes. Ciertamente sería un absurdo total pensar que en este caso se está protegiendo la propiedad del sujeto, ya que lo fundamental del derecho de propiedad es la capacidad de disposición, lo que implica en último término la posibilidad de destruir la cosa. De ahí que sólo formal o conceptualmente se podría decir que lo protegido es el patrimonio, por una razón sistemática de ubicación del artículo 562; pero materialmente o desde un punto de vista político criminal, el bien jurídico es de carácter económico público y, por eso, con razón la Propuesta de Anteproyecto del Código penal de 1983 lo sitúa entre los delitos socioeconómicos. En esta misma línea de pensamiento se encuadra el planteamiento de que no se puede castigar los actos del deudor sobre su propio patrimonio, pues eso sería negarle su derecho de disposición sin fundamento alguno plausible. Sólo es posible el castigo al deudor —como al dueño de la cosa—, si uno se sale del nivel microsocial, para plantearse el problema desde la perspectiva macrosocial, esto es, del funcionamiento del sistema. Ello en razón a que se está afectando a un bien que es de interés para todos y cada uno de los que intervienen en el sistema económico social de libre mercado a través de la institución económica del crédito, *luego tanto es de interés para los acreedores como también para el deudor*. La configuración de la empresa (73) (y del propio mercado), su desarrollo y ampliación,

(71) En el transfondo estaba la misma idea de los delitos contra la Seguridad del Estado, un planteamiento de tipo de autor, de naturaleza caracteriológica, ese comerciante era un traidor (un-desleal) al sistema —de ahí que no debía ser libre—; eso está también en el transfondo del planteamiento del deber (de lealtad) del deudor con el acreedor.

(72) Cfr. ROY FREIRE, Luis: *Derecho penal Peruano*, T. III, Parte Especial, Lima 1983, p. 283 («el castigo de ciertos actos de disposición efectuados por el deudor sobre su propio patrimonio,....»).

(73) Cfr. BISBAL, Joaquín: ob. cit., p. 44 ss.

conforme al sistema económico imperante, sólo es posible mediante la institución del crédito. De ahí que es necesario protegerla, aún también en consideración al deudor y, por eso, aunque sus actos de disposición en principio no parecería que pudiesen consituir un ilícito, sí que lo pueden ser cuando atacan esta institución —es lo que sucede también en otros delitos socioeconómicos, como en el caso del delito fiscal (74)—. Si no se quiere hacer pura ideología, del mismo modo como no tiene sentido sólo proteger la salud personal y no la salud pública tampoco tiene sentido proteger sólo el patrimonio y no proteger el sistema económico crediticio.

Desde un punto de vista histórico aparece claro que el delito de quiebra fue siempre un delito económico y seguramente el primero y el delito económico por excelencia, sin parangón en la actualidad, justamente por la confusión entre la economía pública y la privada.

Ahora bien, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX se produjo cada vez más una mayor determinación de la economía pública, en virtud de la necesidad de intervención del Estado en la economía y, por tanto, una mayor precisión respecto al sistema o modelo económico en cuanto tal y sus necesidades y limitaciones. De ahí que nazca también el derecho económico y que se inicie el desarrollo del delito económico y del delincuente económico, el que va contra el sistema (75). Por otra parte y como producto de la evolución del sistema económico, el comerciante, como concepto y realidad, aparece desplazado por el empresario. Es la actividad empresarial la que puede afectar el sistema o modelo y en concreto el sistema crediticio, es por ello que la quiebra está en relación al empresario —en ese sentido desde otra perspectiva cobra validez la quiebra del no comerciante, en cuanto un empresario puede no ser comerciante desde un punto de vista material—. Por eso que en propiedad la quiebra es una institución que dentro del amplio concepto del derecho económico dice relación en concreto con el derecho de la empresa y en ese sentido también el delito de quiebra (76).

Sin embargo, esta evolución del sistema económico que ya desde fines del siglo pasado empezó a tener gran influencia y desarrollo en otras ramas del derecho y también en la criminología, ha tenido en el campo del Derecho penal una evolución trabajosa, difícil y con

(74) En el delito fiscal también sería absurdo pensar que lo que se castiga son los actos del deudor sobre su propio patrimonio, ya que se trataría nuevamente de una limitación al derecho de disposición, sino lo que se castiga es el ataque mediante esos actos de un bien jurídico macrosocial: el proceso de ingresos y egresos del Estado (veáse BUSTOS RAMÍREZ, Juan: bien jurídico y tipificación en la reforma de los delitos contra la hacienda Pública, en los delitos contra la Hacienda Pública, Tecnos, Madrid, 1987, p. 21 s.).

(75) Cfr. VILADAS JENE, Carlos: *la delincuencia económica, en Pensamiento Criminológico II*, Península, Barcelona, 1983, p. 273.

(76) Cfr. BILBAL, Joaquín: *ob. cit.*, p. 19 ss.

muchos altos y bajos. Al penalista le cuesta elevarse sobre los bienes jurídicos tradicionales. Más aún, las cuestiones económicas por su lejanía con los temas que trata, le cuesta aprehenderlas y le resultan sumamente complejas, con lo cual entonces siempre ha ido por el camino más fácil, tratar de ampliar los bienes jurídicos tradicionales a estas nuevas figuras, en especial al patrimonio, con las consiguientes contradicciones, imprecisiones y arbitrariedades que ello significa. Lo cual, en definitiva, va en desmedro de la ley, pues anula su eficacia. La doctrina predominante no ha considerado esta evolución que se ha producido en el análisis económico y jurídico en general, y sobre la base de aquella primitiva confusión entre el sistema y lo microsocia ha seguido considerando el delito de quiebra un delito contra el patrimonio. Pero si antes tal posición era comprensible en virtud de la confusión existente entre lo macrosocia y lo microsocia, aunque materialmente era evidente que se trataba de un delito contra el sistema económico, hoy que tal confusión ha desaparecido, tal posición resulta insostenible.

De modo alguno en el delito de quiebra lo protegido es el patrimonio del acreedor o de todos los acreedores presentes o futuros, no es eso lo protegido, pues el deudor tiene el derecho de disposición sobre sus bienes y sus actos sobre él no pueden constituirse en delito, y en todo caso, si ello sucede en un caso concreto, existen otro tipo de delitos que cubren tales hechos (simulación de contrato, estafa, etc.). No se puede configurar un tipo legal en relación a actos sobre el propio patrimonio, eso querría decir que el Derecho penal estaría creando un ilícito propio, en contradicción con todo el resto del ordenamiento jurídico, ya que la teoría de la antijuricidad o ilicitud es única para todo el derecho: el Derecho penal sólo configura tipos penales, pero no ilicitudes. La ilicitud o antijuricidad surge de una consideración del ordenamiento jurídico en su conjunto. Base de esta consideración global es justamente el bien jurídico. Por eso que una errada concepción del bien jurídico en un delito determinado llevará siempre consigo este tipo de contradicciones. El patrimonio aparece, por eso, como un falso bien jurídico en este caso y, de ahí, que entre sus propios partidarios surgen dudas de si es posible el castigo de estos hechos (77).

En la actualidad el bien jurídico sólo puede inferirse desde el sistema socioeconómico, de ahí que el P.80 tuviese razón, al contrario de la PANCP 1983, al incluir este delito entre los socioeconómicos. Lo que se afecta es una determinada concepción del sistema o modelo económico y de sus implicaciones sociales. Para la existencia de un sistema de economía social de mercado, resulta indispensable la institución crediticia en el ámbito financiero del desarrollo empresarial.

(77) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, p. 485 s.

Sin ella no sería posible la configuración global de un sistema que no se puede regir sobre el pago al contado o el trueque y en que todos los sujetos (empresarios, empleados, obreros, consumidores, Estado) están en relación de dependencia de este sistema crediticio. Por tanto, en el sistema crediticio financiero participan cada uno y todos los sujetos del sistema económico social. Están permanentemente y constantemente vinculados y afectados por tal sistema crediticio. Su quehacer ordinario está ligado a tal modelo de vida económica social. Su perturbación es grave para el quehacer social, y en ese sentido, en principio aparece razonable la intervención del Derecho penal dentro de una concepción de extrema ratio (78).

El delito de quiebra afecta, pues, el sistema crediticio, la limpieza del sistema económico social de mercado. Haciendo un parangón con los delitos contra la competencia, que pueden referirse a la competencia libre o limpia, se puede decir que el ataque al sistema financiero crediticio afecta el limpio sistema social de mercado, su transparencia frente a todos los sujetos. En una línea de consecuencia con este planteamiento y dado que el fundamento de la punibilidad está dado por la afección al sistema económico crediticio, habría que concluir que tal afección es lo distintivo, más allá de si hay quiebra o no (con lo cual se abarca en definitiva el real trasfondo del delito de alzamiento de bienes), y se logra una verdadera autonomía del Derecho penal y una total precisión de un hecho delictivo dentro de una economía limpia social de mercado.

Estos planteamientos no son sólo de lege ferenda, en cuanto implican una futura reestructuración total de esta materia en el Código penal, sino también de lege lata. Es decir, que hay que interpretar que los artículos 520 y ss. (y también el artículo 519) están referidos a la protección del sistema económico-financiero crediticio y no del patrimonio. El hecho que por una mala técnica legislativa el legislador se refiera en la quiebra a hechos que pueden constituir otros delitos particulares (falsedad, estafas, simulación de contrato, etc.) y que implique la aplicación del criterio de absorción llegado el caso (artículo 68), no obsta a tal planteamiento, Ello sólo significaría que según el caso concreto podrá darse la absorción ya sea por el delito de quiebra o por el otro delito particular, si tiene pena más grave, o que si hay muchos hechos delictivos, se den además de posibilidades de absorción, los correspondientes concursos reales e ideales, o bien, por último, si no se da ningún otro delito particular, que estaremos en forma precisa y clara ante el puro delito de quiebra, que no es un delito contra el patrimonio, sino contra el sistema económico-financiero crediticio (79).

(78) Cfr. VILADÁS, Carlos: *ob cit.*, p. 50 ss., 53 ss.

(79) Aunque la PANCP 83 mantuvo el delito de quiebra entre los delitos contra el patrimonio, dejó, sin embargo, más clara la incongruencia con este bien jurídico,

3. EL BIEN JURIDICO Y NECESIDAD DE INCRIMINACION DE LA QUIEBRA

Una vez resuelto el problema del bien jurídico en el delito de quiebra, la cuestión que tenemos que formularnos es si tiene sentido la incriminación del delito de quiebra, si es ello necesario en cuanto que el Derecho penal es extrema ratio. Frente a ello surgen las siguientes observaciones: a) a pesar de la gran cantidad de quiebras, son pocos los procesos por quiebra y menos aún los que han terminado en sentencia condenatoria en toda la historia del delito de quiebra; b) la quiebra de una pequeña empresa no parece tener incidencia en el sistema económico crediticio; c) si la quiebra está referida hoy a los empresarios y a la empresa, ella aparece como una crisis de la empresa, que a menudo implica medidas para salvar empresas viables (e indispensables o necesarias para el sistema económico), con lo cual, el delito de quiebra sólo podría entrar a perturbar este proceso para salvar la empresa (80).

Consideremos la primera observación, referente a las pocas condenas por delito de quiebra. En principio ello no tendría por qué preocupar, todo lo contrario. Si se es consecuente con el principio de que el Derecho penal es extrema ratio, ello no sólo debe llevar a que las incriminaciones sean pocas, sólo los hechos sumamente graves, sino necesariamente a que los procesos deben ser pocos. *El principio de extrema ratio ha de tener relevancia tanto penal material como procesal*. Precisamente lo contrario, esto es, el que haya demasiados procesos en relación a ciertos hechos ha de poner en duda que el Derecho penal es extrema ratio y que realmente se este incriminando los hechos más graves (o bien, que no se protegen bienes jurídicos, sino determinadas políticas económicas, culturales, sociales, etc. y que, en definitiva, se está encubriendo con el Derecho penal determinados déficits del sistema).

Pero más allá de lo anterior, lo que preocupa es la certidumbre de la existencia de mucho delitos de quiebra y que estos no se persigan. Esto dice relación con la última observación, esto es, que el problema de la quiebra está referido a la crisis de la empresa y que a menudo se trata justamente de superar tal crisis y no de ahondarla, es por eso que nos remitimos a su análisis.

En cuanto a la segunda observación, esto es, que si la quiebra está referida al sistema económico crediticio y a la actividad empresarial —con lo cual hay que descartar los términos de comerciante y

pues destruye la llamada unidad jurídica de la quiebra, dado que se puede perseguir los delitos singulares de modo independiente (artículo 256.3) y, además, reduce ostensiblemente la pena, con lo cual resulta necesario averiguar qué es lo afectado, que ciertamente no puede ser el patrimonio.

(80) Cfr. BISBAL, Joaquín: *ob. cit.*, p. 25 ss., 281 ss.

no comerciante, que no tiene sentido al respecto—, no hay duda que las actividades de una pequeña empresa no afectan al sistema económico crediticio o su afección resulta intrascendente para el sistema en su conjunto —que es lo que sucede con el deudor no empresario—. Luego, si se es consecuente con el principio de extrema ratio del Derecho penal, aparece como innecesaria la incriminación de tales hechos, bastando entonces con las sanciones mercantiles y administrativas que correspondan. Lo cual, además, se inscribe dentro de la perspectiva propia del Derecho penal económico, esto es, que lo distintivo en el Derecho penal económico es el abuso de una posición de poder (81). Sólo a partir de esta posición de poder en el mercado se puede justamente vulnerar el sistema, es por eso que no tiene sentido la incriminación del deudor no empresario o de empresas de poca envergadura. Este carácter distintivo de la delincuencia económica se tiende a expresar de un modo cuantitativo formal, es por eso que se da delito fiscal o de contrabando sólo a partir de determinando volumen económico. Algo parecido se puede adoptar en el caso del delito de quiebra o bien, y mejor, buscar fórmulas materiales, esto es, sobre la importancia de la empresa en el mercado —lo cual a su vez está en conexión con la última observación—.

La tercera y última observación es la que concierne más precisamente a la decisión sobre la necesidad o no de la incriminación de la quiebra. La tendencia del sistema económico imperante conduce a grandes concentraciones de capital y a que determinadas empresas tengan una gran importancia en el sistema y por ello mismo al caer en crisis de lo que se trata es salvar esa situación y no de ahondarla, justamente por los efectos negativos para el sistema y en definitiva para todos y cada uno de los sujetos participantes en él. Ciertamente el delito de quiebra, su persecución y la condena, lo único que pueden hacer en la actualidad es ahondar en la situación de crisis, y de ahí que todos (también los acreedores) traten de obviar el proceso criminal. De ahí la perplejidad que se produce en todos aquellos que consideran el problema sólo desde una perspectiva microsocia y no macrosocia, esto es, la certidumbre de que intencionadamente no se persiguen los delitos de quiebra.

El hecho de considerar que «La quiebra no es por sí misma un mal, aunque su historia esté repleta de biografías dramáticas. La quiebra es un hecho que debe estar presente en el horizonte estratégico del empresario.... La quiebra es algo inherente al mercado.... Algo que debe tenerse en cuenta en el mismo instante en que alguien decide iniciar una empresa o construir un imperio» (82), obliga a tener una visión completamente diferente del problema. La quiebra (la insolvencia) en sí lo único que revela es la crisis de una empresa y ciertamente

(81) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho P. E.*, Ariel, Barcelona 1986, p. 308 s.

(82) BISBAL, Joaquín: *ob. cit.*, p. 25.

la actividad empresarial resulta indispensable para la subsistencia del sistema, por ello no resulta extraño que el objeto primordial, aun dentro de un procedimiento de quiebra, sea el de salvar todas aquellas empresas viables, más aún si han logrado una gran importancia dentro del sistema. Si esto es así tampoco entonces es extraño que se trate de obviar el proceso criminal, que tal como está hoy configurado dificultaría las medidas para salvar la empresa. Con lo cual nos encontraríamos entonces con que el delito de quiebra queda en la actualidad para las empresas inviables —o como a menudo sucede en el Derecho penal, para el más débil de todos, el pequeño empresario—. Ciertamente esto va en contra de todos los principios de un Derecho penal moderno, que se guía por el principio básico de la necesidad de la pena y de su proporcionalidad. Estaríamos ante un Derecho penal injusto, pues sólo se aplicaría a algunos y no a otros, una selectividad claramente discriminatoria.

Pero si miramos el problema desde la perspectiva macrosocial, en cuanto afección al sistema económico-financiero crediticio, habría que separar la empresa del empresario. La empresa es consustancial al sistema y a menudo ciertas empresas resultan indispensables para su mantenimiento y desarrollo; pero ello no es lo mismo respecto del empresario, que puede ser sustituido y que justamente su falta de previsión puede haber llevado a esa situación de crisis. La antigua concepción mercantilista entre el comercio y la economía, entre patrimonio y riqueza, entre insolvencia y sistema económico-financiero crediticio, ha hecho hasta ahora que la institución de la quiebra resulte poco flexible y desfasada de la realidad.

Se trata, pues, de utilizar el Derecho penal sólo para aquellos casos más graves, que si son tales también deben darse en contadas ocasiones. Luego, desde la perspectiva del bien jurídico, sólo abarcar situaciones en que un empresario de una empresa importante en el sistema económico, en una posición de poder, intencionalmente abusa del sistema económico-financiero crediticio —luego sólo castigar los hechos dolosos, pues ello concuerda con la perspectiva de que el Derecho penal es extrema ratio—. Ello está más allá de si la empresa es viable o no —para lo cual se deden arbitrar las medidas necesarias para que el proceso criminal contra el empresario no afecte el proceso de salvar a las empresas viables— y más allá de si hay quiebra o no —la cual sólo podría constituir una circunstancia agravante según el caso—.

En definitiva, en una perspectiva desde la necesidad de la pena, la incriminación de hechos contra el sistema económico-financiero crediticio han de quedar tajantemente reducidos, ya que en caso contrario la incrementación se convierte en pura ideología y el Derecho penal aparece como un sistema contradictorio, desfasado de la realidad, *encubriendo procesos sociales y en una función simbólica exclusiva*, de dar la impresión que el Estado se está preocupando por el proble-

ma. La incriminación ha de referirse sólo a los empresarios, exclusivamente a aquellos en que su actividad empresarial mantiene posiciones de poder dominante en el sistema económico y reducida a aquellos que intencionadamente abusan del sistema económico-financiero crediticio. Sólo así la insolvencia puede adquirir algún sentido desde una perspectiva criminal. Todo lo demás ha de quedar entregado a las sanciones mercantiles y/o administrativas que corresponda.

