

Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra

Juan Bustos Ramírez
Catedrático de Derecho penal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El bien jurídico protegido en el delito de quiebra. 2.1. Posiciones individualistas: el patrimonio como bien jurídico protegido en el delito de quiebra. 2.2. Posiciones supraindividuales respecto del bien jurídico de quiebra. 2.2.1. La fé pública. 2.2.2. La administración de justicia. 2.2.3. El tráfico comercial. 2.3. La quiebra como delito socioeconómico. 2.3.1. Análisis de la doctrina. 2.3.2. Conclusión: el bien jurídico es el sistema económico crediticio. 3. Bien jurídico y necesidad de incriminación de la quiebra.

1. Introducción

(p. 11) 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. 1980, si bien estableció una pena sumamente reducida en relación a la legislación actual (prisión de uno a seis 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 es una simple disquisición teórica o puramente normativa, en el sentido (p. 12) de un análisis deductivo estricto; sino que está inmerso en el desarrollo y evolución histórica que ha experimentado la institución de la quiebra desde su nacimiento en la época romana¹. 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 intereses que se mueven en su interior. Por eso es 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 porque 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 la 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

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

² Carrara Francesco, : Programa de Derecho Criminal, P.E., vol. VII, Temis. Bogotá 1978, p. 53.

para adquirir riqueza."³. Se trata del período que dura del siglo. XVI al XVIII, en el 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 (p. 13) en Roma y también en el apogeo 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 tanto de la banca y las sociedades por acciones como 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 papel 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 quiebra dolosa, en una ciudad comercial, perjudica a todos los comerciantes de ésta, aunque no tengan nada que ver con dicha quiebra, a 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 innegable 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 publicístico⁵, 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 fé 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 (p. 14) consiguiente delito de quiebra, como la situación más grave que se puede producir dentro de ese tipo de relaciones sociales, no son sino un subproducto de este estado de cosas.

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 de comercio, 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 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 va a tener una actividad mucho más compleja y diversificada, abarcando todos los procesos económicos, productivos, financieros, comerciales, de servicio. Intervendrá tanto en la producción, en la distribución como en el consumo.

La quiebra aparece entonces como una institución de difícil ubicación en de toda esta evolución: se la mantiene como producto de los primeros siglos de nacimiento del Estado moderno, se la relega a un segundo plano por los acontecimientos de la segunda mitad del siglo XIX, en que el comerciante cede su puesto al empresario, o, por último, se trata justamente de acomodarla a la nueva actividad empresarial del siglo XX.

Estos vaivenes históricosociales se reflejan en el tratamiento doctrinario de la naturaleza del delito de quiebra, así como en la búsqueda y determinación del bien jurídico protegido.

³ Glanann Cristof: el comercio europeo (1500-1750), en Cipolla, Carlo M. : Historia económica de Europa (2), siglos XVI y XVII. Ariel. Barcelona 1981.

⁴ Carrara Francesco : ob.cit., p. 54.

⁵ Ramírez José A. : ob. cit.- p. 139.

2. El bien jurídico 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, es (p. 15) de destacar que, en la perspectiva individualista, hay un cierto grado de indefinición en la determinación del bien jurídico, 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 criminalizados 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 inmediato con aquél 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 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"⁸.

La discusión sobre el bien jurídico ciertamente no puede darse en este plano, pues entonces no tendría mayor trascendencia, sino que el sostener una posición "individualista" o bien "supraindividual", (p. 16) 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 delito⁹, determina completamente el injusto específico de cada delito en particular y, por tanto, sus elementos constitutivos esenciales. De ahí, entonces, la importancia de la discusión sobre el bien jurídico en relación a cada delito en particular. De otra manera, la teoría 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 las que hay la tendencia a relegar éstas sólo a un interés mediato o a un bien de significación subordinada. Esto es debido, en gran medida, a que al teórico del derecho penal le ha costado asumir la gran transformación operada en el campo económico y social. Le ha resultado difícil la comprender que hay una 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 intereses que están relacionados con el quehacer diario de todas y cada una de las personas de un determinado sistema. Es por eso que, como ya hemos señalado, es preferible hablar¹⁰, de un lado, 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, de otro lado, de 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. Tardíamente, con la irrupción del Estado de Bienestar y el entendimiento que el Estado no sólo tiene deberes negativos frente a los ciudadanos, sino también

⁶ Landrove 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 este delito 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 Terife 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 bancarrota, en Diritto penale, Raccolta degli scritti, II, Giuffrè, Milano 1976, p. 841).

⁷ Delitala Giacomo : ob. cit., p. 841.

⁸ Landrove Gerardo : ob. cit., p. 147.

⁹ cfr. Bustos Ramírez Juan, : derecho Penal. P.G. 3a 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.

deberes positivos (tal como señala el art. 9.2 de la C.E.), se comprende que el funcionamiento del sistema es también indispensable para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. Sólo (**p. 17**) 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, ni tampoco que los ciudadanos puedan disponer de un medio ambiente y de un consumo sano.

Creemos que la indecisión doctrinaria y legislativa, aún hasta en nuestros días, con relación al bien jurídico en el delito de quiebra, tiene su raíz justamente en la dificultad de aprehender los bienes jurídicos macrosociales ligados al funcionamiento del sistema. A la inversa de lo que plantean las llamadas posiciones "individualistas" ¹¹ sobre el delito de quiebra, lo que se trataría de averiguar es si la defensa del patrimonio que se pretendería proteger reprimiendo el delito de quiebra se logra, en verdad, por otros medios más adecuados ya existentes (represión de la estafa, apropiación indebida, etc.); y al mismo tiempo destacar que en el delito de quiebra habría algo diferente que podría merecer la protección penal y que si se eliminara este delito, porque el bien jurídico patrimonio está ya suficientemente protegido, esto podría ser grave en razón a 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 exponer las diferentes criterios doctrinarios, sino sobre todo esclarecer si en el delito de quiebra hay algo más propio a él que el aspecto defraudatorio. Aspecto en el que se hace hincapié cuando se analiza la materia sólo desde un punto de vista "individual" y que, como ya hemos dicho, está cubierto por la represión de otros delitos contra el patrimonio. Y adelantando nuestro punto de partida, señalamos que sostendremos como tesis básica que el delito de quiebra no tiene sentido y debería ser suprimirse si (**p. 18**) realmente su aspecto esencial 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, en el delito de quiebra, el bien jurídico es el patrimonio. 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;"¹² o Landrove : "No dudamos que el patrimonio privado de los acreedores del quebrado es el objeto jurídico prevalente"¹³.

Pero como hemos sostenido, el bien jurídico es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica¹⁴, 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, sometidos a las diferentes modalidades del 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 concebible este tráfico, 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 tal. Esto paralizaría la relación jurídico-económica de las personas. Sería una contradicción conceptual, pues implicaría negar el propio carácter del patrimonio. Este no podría surgir a la vida jurídica. Por eso, mientras el ordenamiento jurídico no puede aceptar (**p. 19**) o soportar un menoscabo a la vida o la salud individual, sí puede hacerlo, por el contrario, cuando se trata del patrimonio. Así una donación es un

¹¹ 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.

¹² Quintano Ripollés Antonio, : Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, T. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1965, p. 65.

¹³ Landrove Gerardo, : ob. cit., p. 145.

¹⁴ Bustos Ramírez Juan, : Derecho penal, P.G. 3a edic., Ariel, Barcelona 1989, p. 55.

acto completamente lícito, también una compraventa gananciosa sólo para uno de los contratantes, etc. El patrimonio de por sí no es base suficiente para fundamentar el injusto de hechos que le causen 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 pueda añadir nada nuevo la precisión formulada 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"¹⁵. Esto vendría a significar, lo que sería absurdo, que el hecho de contraer deudas sería ilícito; pues, como advierte aún 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"¹⁶. Para el sistema jurídico-económico en relación al patrimonio, las deudas son un elemento inmanente a su funcionamiento. En ese sentido, la insolvencia es un evento con el cual se cuenta dentro de tal funcionamiento. De manera que no se puede decir entonces que tales derechos de crédito sean el bien jurídico. Estos derechos 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 nuevo planteando que el derecho de crédito da un derecho sobre el patrimonio del deudor. En este sentido, Martí afirma que tiene "el acreedor, como consecuencia del derecho de crédito, un derecho, siquiera difuso, sobre el patrimonio (p. 20) del deudor"¹⁷. Posición sostenida también por diversos autores precisando tal derecho difuso como un derecho de garantía de los acreedores sobre el patrimonio del deudor¹⁸. Pero tal derecho es inexistente, pues, como ya señalara 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..."¹⁹. Si esto fuese así, se paralizaría toda la vida jurídico-económica patrimonial de un país. En caso que el comerciante o, mejor, el empresario estuviera limitado en la disponibilidad de sus bienes, dejaría de ser comerciante o empresario. La naturaleza de su actividad está en oposición a ese 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.

En ese sentido, en el derecho penal alemán, ha predominado, en la perspectiva patrimonialista que es la dominante²⁰, 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 patrimoniales²¹. Dirección seguida, en cierto modo, 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."²². Pero si bien con esto se eluden las dificultades en que caen todos aquellos que estiman que hay un verdadero derecho sobre el patrimonio del deudor -cualquiera que sea su naturaleza: general de garantía o concreta de (p. 21) prenda²³ sobre el patrimonio del deudor, tampoco se ve claro por qué, por sí sólo, tal interés de los acreedores a la satisfacción de sus

¹⁵ Bajo Fernández Miguel, : Derecho Penal Económico, Civitas, Madrid 1978, p. 167/168.

¹⁶ Rodríguez Devesa José María, : Derecho penal. Parte Especial. 10a 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).

¹⁷ ob. cit., p. 63.

¹⁸ Cfr. Delitala Giacomo, : Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta, en Diritto Penale, ob. cit., p. 70 ss.; Conti Luigi, : I reati fallimentari, Torinese, Torino 1955, p. 63 ss.

¹⁹ Nuvolone Pietro, : Il diritto penal del fallimento e delle altre procedure concorsuali, Giuffrè, Milano, 1955, p. 22.

²⁰ Cfr. Samson E., : Systematischer Kommentar, Metzner, Frankfurt a.M., intr. 283 n.3; Schmidhäuser E., : Strafrecht, B.T., Mohr, Tübingen, Cap, 11, n. 93; Schönke-Schröder, Kommentar, Beck, München, intr. 283, n. 2.

²¹ Tiedemann Klaus, : Konkurs Strafrecht, de Gruyter, Berlin 1985, Vor 283, n. 43; en el mismo sentido, por ejemplo, Maurach-Schröder : Strafrecht, B.T., 1 parágrafo 43 I 3; Schönke-Schröder, intr. 283, n. 2.

²² ob. cit., p. 145/146.

²³ L'oggetto. ob. cit., p. 833 ss.

pretensiones patrimoniales 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. Mas 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. Lo contrario significaría echar por la borda todos principios básicos, tanto materiales como formales, que condicionan la intervención punitiva del Estado.

Por esto y para lograr mayor precisión en esta dirección, algunos autores ponen el acento en que lo protegido es la satisfacción igualitaria de todos los acreedores, la *par conditio creditorum*. Como señala Punzo, lo que se lesiona es el derecho de los acreedores respecto del comerciante "a la igualitaria distribución de todo su patrimonio"²⁴. Pero, ciertamente, ni el hecho de la deuda, ni la insolvencia, ni aún el propio delito de quiebra tienen que afectar necesariamente esta distribución igualitaria²⁵. Efectivamente, en ciertos casos, tal distribución puede quedar afectada, más 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 en última instancia. Se provocaría una confusión entre principios civiles y penales.

Es por eso y con razón que Rodríguez Devesa trata de lograr una especificación mayor dentro de esta dirección. En este sentido, señala que lo que se 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"²⁶. Con ello ya no es el patrimonio en sí lo protegido, **(p. 22)** ni tampoco un derecho o pretensión de los acreedores, ni la distribución igualitaria del patrimonio del 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 defraudatoria 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 la bondad de una tal técnica legislativa. El hecho que en la Propuesta de Anteproyecto de C.P. de 1983, se rebajaría ostensiblemente la pena en el delito de quiebra, implicó evidentemente una oposición a tal técnica legislativa. La misma que ciertamente puede provocar una gran cantidad de abusos tanto por parte del deudor como también del acreedor. El primero aparecería como privilegiado cuando comete varias conductas defraudatorias el segundo, 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. Se 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, tampoco sobre una formulación generalizadora o abstracta y, menos aún, a través de una concretización del elemento fundamentador. El patrimonio, en general o concretizado, no contiene elemento suficiente para configurar un injusto de los hechos constitutivos de una quiebra. Sostener lo contrario lleva, necesariamente, hacia la antigua posición de la prisión por deudas. También a considerar, de modo consecuente, como lo hace Bajo, que el "desvalor del ilícito en el delito de quiebra reside en el hecho de colocarse el deudor en situación de **(p. 23)** insolvencia"²⁷. O, por lo menos, a provocar de nuevo la confusión del delito de quiebra con las actividades defraudatorias singulares del deudor insolvente. Optar por uno u otro camino comporta atentar contra las bases mismas de fundamentación de los delitos y, por tanto, del injusto: un delito o un injusto sólo puede surgir desde el bien jurídico protegido. En uno y otro caso no habría un bien jurídico protegido.

²⁴Punzo Massimo, : Il delitto di bancarotta, Torinese, Torino 1953, p. 28.

²⁵ Cfr. Marí Sánchez, ob. cit., p. 54.

²⁶ ob. cit., p. 169.

²⁷ ob. cit. p. 169.

Con el objeto de superar estos problemas, debidos aparentemente a la adopción de una óptica puramente patrimonial o individualista, ciertos autores proponen, partiendo del patrimonio, una concepción ecléctica integradora. En su opinión, es de considerar que el delito de quiebra es pluriofensivo: hay varios y diferentes bienes jurídicos protegidos. Así, por ejemplo, Tiedemann señala "Resumiendo, los parágrafos 283 ss. protegen en primer lugar los intereses de los acreedores (actuales) a una satisfacción completa o lo más alta posible de sus pretensiones jurídicopatrimoniales, 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 prestación de servicios, cosas y dinero, desprendido del pago al contado y del trueque"²⁸. Dirección semejante adopta Antolisei : "A este 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 del 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."²⁹. Este autor 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 **(p. 24)** 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"³⁰.

En estos planteamientos pluriofensivos nos encontramos con dos niveles: por una parte, bienes jurídicos desde una perspectiva microsocia y, por otra, bienes jurídicos de carácter macrosocia. Ahora bien, una simple adición de diferentes concreciones del bien jurídico patrimonio, "realmente" no nos lleva 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 síntesis no la elimina, sino que la aumenta. Es, por lo demás, lo que sucede siempre con las posiciones eclécticas, en que simplemente se suman diferentes posiciones. Lo que se agrega es lo macrosocia, así en Tiedemann "el funcionamiento de la economía crediticia" y en Antolisei "la economía pública". Ciertamente, la simple incorporación de un bien jurídico macrosocia no puede provocar una transformación ni desnaturalización de la perspectiva microsocia de naturaleza patrimonial. Además, como se trata de niveles completamente diferentes y contradictorios entre sí, no hay posibilidad de lograr una superación de las deficiencias propias a la visión microsocia patrimonial. Lo cual se refleja, naturalmente, en el tipo legal. La tipificación va a resultar en definitiva deficiente o/y contradictoria. 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 en pro del bien jurídico patrimonio, concebido ya sea con carácter simple o complejo, está en situación de explicar, exclusivamente o integrado con criterios macrosociales, el injusto en los hechos constitutivos de la quiebra y, por tanto, tampoco de posibilitar una adecuada tipificación del delito de quiebra.

(p. 25) 2.2. Posiciones supraindividuales respecto del bien jurídico de quiebra

2.2.1. La fé pública

Quien sostuvo con mayor fuerza este 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 respecto 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 una comerciante debe castigarse como delito en todo pueblo civilizado, y por qué ocupa su verdadero sitio entre los delitos sociales contra la fé pública. El crédito es el objeto de la fé pública. De él sacan

²⁸ ob. cit., intr. 283, n. 55.

²⁹ Antolisei Francesco, : Delitos relacionados con las quiebras, Temis, Bogotá 1975, p. 23/24.

³⁰ ob. cit., p. 25.

los comerciantes el beneficio inmenso de crear capitales con una hoja de papel; de obtener ingentes ganancias sobre capitales todavía no desembolsados;...³¹.

Posición semejante fue sustentada ya en España por Gutiérrez³² y entre otros, en Italia, por Manzini³³ y De Gennaro³⁴.

Ciertamente, tiene razón Landrove cuando señala que la expresión fe pública, utilizada en este caso por Carrara, no coincide con la de carácter técnico jurídico (relacionada con la veracidad y autenticidad jurídica), sino más bien la identifica con la buena fe comercial, con lo cual entonces refuerza el contenido de injusto de este delito³⁵.

Es cierto que las expresiones crédito y fé están semánticamente emparentadas, pero el problema no se puede hacer residir en una **(p. 26)** pura aproximación lingüística de las palabras, puesto que el crédito se constituye, desde un contenido sustancial, en una institución de carácter fundamentalmente económico, básico para las relaciones de carácter mercantil o bien empresarial. En cambio, la fe pública supone relación con la veracidad o autenticidad jurídica. Su objeto, por tanto, no está en referencia al comercio o la empresa. Ciertamente pueden haber coincidencias materiales, es decir que el crédito aparezca concretado en determinados documentos (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 esto no significa que el delito de quiebra tenga por contenido la fe pública. Más bien, se trata de delitos singulares ajenos al contenido propio y exclusivo del injusto del delito de quiebra. De lo contrario, bastaría con los delitos de falsedades y no sería necesario el delito de quiebra. La fé pública no sirve para fundamentar el injusto del delito de quiebra, porque no está en juego cuando el Estado interviene con su poder punitivo para sancionar los hechos constitutivos del delito de quiebra.

Sin embargo, es de señalar que Carrara pone el acento, desde una perspectiva macrosocial, en un aspecto importante: la institución económica del crédito. Institución a la que, como ya lo hemos indicado, hace alusión Tiedemann y que analizaremos posteriormente.

A partir de este bien jurídico, tampoco se podría deducir, otro de carácter más abstracto y que, en cierto modo, surge de todas las palabras de Carrara. Sería el de un deber de lealtad del comerciante o empresario; bien implícito, de cierta manera, en el planteamiento de aquellos autores que, desde una perspectiva microsocia, hablan de un derecho de los acreedores. Derecho 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 fé 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.

(p. 27) 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 contra las posiciones que sostienen que el objeto jurídico afectado sería un derecho de los acreedores sobre el patrimonio del deudor. Funda su crítica en la idea que jamás el ilícito puede consistir en "el hecho de disponer de los propios bienes ... sino en el hecho de no cumplir o de hacer imposible el cumplimiento"³⁶. En otras palabras, para este autor el derecho de crédito no puede ser el objeto de tutela del derecho penal, y, por esto, "el incumplimiento de la obligación, aunque sea

³¹ ob. cit., p. 53/54.

³² Gutiérrez José Marcos, : Práctica Criminal de España, III, Madrid 1806, p. 105.

³³ Manzini Vincenzo, : Trattato di diritto penale italiano, Turín 1926, vol. VI, p. 262 s.

³⁴ De Gennaro Pasquale, : Bancarotta (Reati in materia di fallimento), en Nuovo Digesto italiano, vol. II, Turin 1937, p. 38.

³⁵ Ob. cit., p. 118/119; con razón señala Delitala "Si se entiende de este modo el concepto de fé pública pierde cualquier significado. De la forma se pasa a la sustancia; de la fé en la veracidad de los documentos, de las declaraciones, etc., a la confianza en la persona." (L'oggetto. ob. cit., p. 841).

³⁶ ob. cit., p. 22.

voluntario, no constituye ilícito penal, sólo ilícito civil"³⁷. Luego, el acento del problema no está en un pretendido derecho de crédito sobre el patrimonio del deudor, sino en aquel instrumento jurídico que procura, por los medios jurídicos de que se dispone, el cumplimiento de la obligación. Y el cumplimiento de la obligación en la 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"³⁸. En otros términos, el presupuesto concursal, 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 concursal e indisoluble con él. Por eso, justamente, "el interés jurídico inmediatamente lesionado es un interés procesal público"³⁹.

Actualmente en Alemania, Arzt/Weber se expresan en términos semejantes. Para ellos, "la frustración de los derechos del acreedor es por principio impune"⁴⁰. Lo cual justamente surge en razón del carácter fragmentario del derecho penal y se hace especialmente patente en el derecho de las obligaciones. Por eso, Arzt/Weber contradicen la opinión dominante en Alemania al señalar que "el mero cumplimiento de la pretensión que le corresponde al acreedor frente al deudor tiene **(p. 28)** exclusivamente consecuencias civiles, sin consideración al fundamento jurídico de la exigencia (ley o contrato)"⁴¹. En consecuencia, para Arzt/Weber "la quiebra como tal no puede ser castigada, ni siquiera cuando se producen daños considerables"⁴². Lo cual, según estos autores, está en relación con el sistema de libre orden económico⁴³. 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 este punto de vista es justamente la insolvencia. De ahí entonces que el derecho penal en este 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 concurso⁴⁴.

Los puntos de partida, muy semejantes, tanto de Nuvolone como de 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 del injusto penal. Este planteamiento fue ya desarrollado por Birnbaum en el siglo pasado, divulgado por Binding y profundamente desarrollado desde un punto de vista político criminal por **(p. 29)** von Liszt⁴⁵. Si se traspasa el derecho subjetivo como fundamento al derecho penal, comportaría poner el acento en un criterio ético-individual, 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 s. XIX. Este planteamiento queda de manifiesto en todas las tesis llamadas "individualistas" patrimonialistas, que tienden a castigar la

³⁷ ob. cit., p. 24.

³⁸ ob. cit., p. 24.

³⁹ ob. cit., p. 25.

⁴⁰ Arzt Günter y Weber Ulrich, : Strafrecht. Besonderer Teil, LH4, Gieseking, Bielefeld 1980, p. 73.

⁴¹ ob. cit., p. 73.

⁴² ob. cit., p. 81.

⁴³ ob. cit., p. 80 s.

⁴⁴ ob. cit., p. 74.

⁴⁵ cfr. sobre la evolución del concepto de bien jurídico Bustos Ramírez Juan, : Derecho penal. P.G., 3a edic., Ariel, Barcelona 1989, p. 45 ss.

deslealtad del deudor, a considerar su acción desde un punto de vista ético-individual, 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 respecto al cual, 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 tal⁴⁶, sino ya el específico referido a este bien jurídico concreto.

(p. 30) Pero si bien todo lo anterior es cierto y se conecta con la línea de pensamiento de Nuvolone y Arzt/Weber, el problema es saber si de todo ello se puede concluir que el bien jurídico concreto protegido sería el proceso y, en consecuencia, la Administración de Justicia. Esto en la medida que, justamente, es el proceso el medio a disposición de los acreedores para hacer efectivos sus créditos y es este medio público el que es afectado por los actos del deudor insolvente. Dentro de esta perspectiva, no creemos válida la razón esgrimida por Antolisei en contra de Nuvolone⁴⁷ y seguida en España por Martí⁴⁸ y Landrove⁴⁹, de que el proceso no es más que un instrumento portador de intereses sustanciales y que son estos, entonces, los protegidos. Una afirmación no va en contra de la otra. Es cierto que el proceso es un instrumento y también 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 valiosos 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, en el caso concreto del delito de quiebra que nos ocupa, esos intereses sustanciales son los derechos subjetivos de los acreedores y éstos 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 el objeto jurídico protegido en el derecho civil y en el derecho penal. En eso tienen razón Nuvolone y Arzt/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. Estos no pueden darle una fundamentación al injusto del delito de quiebra. Luego si eso es así, los hechos constitutivos del delito de quiebra sólo podrían fundamentarse en la significación del proceso concursal mismo, en cuanto hay un **(p. 31)** interés público en que los acreedores vean satisfechos sus créditos mediante el ejercicio de los medios jurídicos de que disponen y es esto lo que sería afectado por el deudor insolvente.

Ahora bien, sin embargo, esta 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 fuera (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

⁴⁶ El bien jurídico pone acento en el interés público o general, en el sentido que lo importante es la igualitaria protección de una relación fundamental 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 ontológico, ético antropológico, moral, social, etc. y en definitiva distinguir entre buenas y malas 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, en relación a todos y cada uno ciudadanos.

⁴⁷ ob. cit., p. 23.

⁴⁸ ob. cit., p. 51.

⁴⁹ ob. cit., p. 128/129.

modo a parte las estafas, simulación de contratos o cualquier otro ataque de carácter patrimonial). Se trataría simplemente del interés público de que todo deudor deba cumplir su obligación. En el fondo, con ello, de modo oblicuo o subjetivo se llega nuevamente a la prisión por deudas: lo que importa es asegurar penalmente 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 a transformarlos en bien jurídico. Además, en lo cual tiene razón Antolisei⁵⁰, ello querría decir que el delito de quiebra no podría fundamentarse sobre hechos anteriores al proceso concursal. Esto es, sin embargo, 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 Nuvolone⁵¹.

En definitiva, la Administración de Justicia y, en concreto, la función del proceso concursal no pueden ser el bien jurídico protegido en el delito de quiebra, ya que no logran explicitar una fundamentación de la protección, ni tampoco permiten una adecuada tipificación de este delito.

(p. 32) 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 del delito de quiebra. De esta manera, 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 protege, ante todo, los intereses patrimoniales de los acreedores."⁵².

El autor que mejor ha precisado este bien jurídico es Pagliaro. En su opinión, si bien en general el bien jurídico sería la economía, habría que precisarlo por tratarse de un concepto muy amplio. De ahí que estime que "la bancarrota debe ser colocada entre los delitos lesivos del ordenado ejercicio del comercio"⁵³. Aquí la expresión "ordenado" desempeña un papel fundamental, ya que plantea la vinculación económica de este delito: el 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 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 fé pública y, sobre todo, de la Administración de Justicia, sino de poner de relevancia 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 él⁵⁴ 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.

(p. 33) Muy estrecha, porque en la actualidad el problema de la quiebra, como ya hemos dicho, no puede ser ligado 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, "aún 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".

⁵⁰ ob. cit., p. 22; cfr. Landrove Gerardo, : ob. cit., p. 128.

⁵¹ ob. cit., p. 32.

⁵² ob. cit., p. 23.

⁵³ Pagliaro Antonio, : Il delitto di bancarotta. Palermo 1957, p. 37.

⁵⁴ L'oggetto, ob. cit., p. 842.

Peor, 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 de orden es demasiado vago e impreciso y se prestaría para la arbitrariedad. Más 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, siempre existe un determinado desorden. Esto es así, pues nunca se podría imaginar una actividad empresarial totalmente preestablecida y fija, sino por el contrario siempre en relación con nuevas circunstancias. Esto significa 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.

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.

(p. 34) 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 destacó 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"⁵⁵. Y, además, con gran acierto, destacó 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 que se le consignaban. Y al mercader que hacía llegar 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"⁵⁶.

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 quien, desde un punto de vista general y primero, este delito hay que asignarlo dentro de "la categoría de aquellos que lesionan la pública economía"⁵⁷ y, en concreto, dentro de éstos al grupo de los que lesionan la "economía crediticia"⁵⁸. En el mismo sentido, se **(p. 35)** 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 crediticia⁵⁹.

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, Antolisei : "No obstante todo lo que hemos dicho, la teoría que predomina entre los penalistas no nos parece del

⁵⁵ ob. cit., p. 54.

⁵⁶ ob. cit., p. 53.

⁵⁷ Candian Aurelio, : Della bancarotta, en Rivista di Diritto Commerciale, 1935, t. 1, p. 218 ("El problema de la clasificación en abstracto yo la resolvería asignando el delito a la categoría de aquellos que lesionan la economía pública").

⁵⁸ 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").

⁵⁹ D'Avack Carlo, : La natura giuridica del fallimento, Padua 1940, p. 20 ss. (23,33).

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"⁶⁰. En el mismo sentido, en Alemania, se expresa Tiedemann: "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"⁶¹.

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 por 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"⁶². Palabras semejantes se encuentran en el monografista del tema Carlos Viladás, para quien : "La relación social fundamentada en la propiedad y enmarcada en **(p. 36)** un contexto de liberalismo exacerbado sobre la que se construía en materia de quiebra la tutela penal de la integridad del patrimonio es absoluta. 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"⁶³. 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"⁶⁴.

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 la perspectiva socioeconómica está siempre presente en el delito de quiebra. Así, por ejemplo, la crítica de Delitala⁶⁵ en el sentido 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. Si éste tiene algún sentido para la teoría del delito es desde una perspectiva 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 de utilidad alguna⁶⁶.

El bien jurídico tiene justamente sentido y puede entonces fundamentar e implicar al mismo tiempo un límite a la intervención punitiva del Estado, en cuanto está más allá del sistema. Es decir, desde una perspectiva políticocriminal. Por eso los bienes jurídicos, tanto los nuevos como los tradicionales (la vida, la salud personal, la libertad, el honor, etc.) están en constante revisión y redefinición. Respecto a estos últimos, bastan como ejemplos la **(p. 37)** problemática referente a la intimidad, a la libertad sexual, a 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.

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 políticocriminal, 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

⁶⁰ ob. cit., p. 24.

⁶¹ ob. cit., intr. 283, n. 54.

⁶² ob. cit., p. 147.

⁶³ Viladás Jene Carlos : Los delitos de quiebra. Norma jurídica y realidad social. Península, Barcelona 1982, p. 49.

⁶⁴ ob. cit., p. 51.

⁶⁵ L'oggetto, ob. cit., p. 841 ss.

⁶⁶ ver Bustos Ramírez Juan, : Derecho Penal. P.G., 3a edic., Ariel, Barcelona 1989, p. 47.

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 lo hace Delitala⁶⁷ que el bien jurídico inmediatamente protegido es el patrimonio y que mediatamente 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 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. Desde esta perspectiva, se creyó que estos delitos atacaban 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 concluye que es un delito contra el patrimonio. Lo que en definitiva no sirve para la delimitación del injusto y provoca confusiones con ilícitos puramente civiles o con los riesgos propios a toda actividad empresarial, como es el caso de la insolvencia⁶⁸. 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 **(p. 38)** surjan entre el deudor insolvente y sus acreedores⁶⁹. Lo que puede constituir, de un lado, 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- y, de otro lado, también en ciertos casos 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 un 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 pluriofensividad⁷⁰, en que justamente el criterio económico viene a servir de elemento que salva las críticas a los fallos inherentes al criterio "individualista". Pero si esto es así, no se ve entonces el sentido y la función que cumple esta 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 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 estadio del desarrollo social en que aparece un sujeto como intermediario básico entre productores y **(p. 39)** consumidores y ese intermediario, el comerciante, da la imagen que es el generador de la riqueza. 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 S. XVII y XVIII.

Pero la irrupción de este 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 aparece "naturalmente" ligada a la actividad de individuos particulares, son ellos los creadores de la riqueza, los que utilizan el crédito. En otras palabras, la riqueza de un país se identifica con la riqueza de los individuos y, en especial, de los comerciantes. Se produce una confusión entre sistema

⁶⁷ L'oggetto, ob. cit., p. 842.

⁶⁸ así en Bajo Fernández, ob. cit., p. 169.

⁶⁹ cfr. Landrove Gerardo, : 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 típicas de diversos supuestos en los que se contemple la quiebra punible y cada uno de ellos sea en sí suficiente para aquella calificación.").

⁷⁰ cfr. Antolisei Francesco, : ob. cit., p.21 ss.; Tiedemann Klaus : ob. cit., intr. 283, n. 54 s.

económico y propiedad o patrimonio de los individuos. Por eso el sujeto no libre (el esclavo, el siervo, etc.) se caracteriza por no tener propiedad o patrimonio, de no participar en el sistema económico, de no ser libre, el sujeto vale lo que posee. 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 esta 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 avaluable en dinero en su patrimonio. De ahí entonces que la quiebra se visualizara como un delito contra el patrimonio. Pero entonces en virtud de esta confusión entre el funcionamiento del sistema y lo microsocioal. Con lo cual implícitamente se señalaba que la quiebra atacaba al mismo tiempo el patrimonio y el funcionamiento del sistema económico. De ahí la trascendencia que se le dio al delito de quiebra en relación a otros delitos contra el patrimonio, pues **(p. 40)** se atacaba la institución del crédito, sobre la cual se fundamentaba todo el sistema. Por eso mismo, la quiebra fue siempre un hecho de los iguales. Esto es, de los hombres libres, de los que podían poseer y generar la riqueza del país. De ahí las penas tremendas y elevadas⁷¹, que aún podían consistir en dejar de ser un hombre libre, pues dicha persona había dado pruebas de no tener capacidad para poseer, 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 este sistema, también habían 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 la perspectiva incriminadora. Esta situación y este proceso en relación al deudor no comerciante no tienen 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 patrimonialista estricto aparece una contradicción insalvable en el diferente tratamiento de uno y otro sujeto. Esto sólo se puede entender y fundamentar si se utiliza una visión macrosocioal del problema.

También sólo desde esta perspectiva macrosocioal se puede entender el carácter de unidad jurídica del delito de quiebra o, en otros términos, su carácter universal. Si sólo fuese un problema microsocioal, 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 con él. Ello **(p. 41)** 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 microsocioal 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 persona o actor del sistema, de hombre libre⁷². 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 patrimonio⁷³. Como se puede constatar en relación con 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

⁷¹ Cfr. Bisbal Méndez Joaquín, : La empresa en crisis y el derecho de quiebras, Bolonia 1986, p. 94 s.

⁷² En el trasfondo 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 trasfondo del planteamiento del deber (de lealtad) del deudor con el acreedor.

⁷³ 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,...").

autonomía de la voluntad que se pueda incriminar los actos de disposición sobre el propio patrimonio, constituye 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 art. 562 del C.P. 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 art. 562; pero materialmente o desde un punto de vista político criminal, el bien (p. 42) jurídico es de carácter económico público y, por eso, con razón la Propuesta de Anteproyecto de C.P. 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 significará 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 microsocioal, para plantearse el problema desde una perspectiva macrosocioal, 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 es de interés tanto para los acreedores como también para el deudor. La configuración de la empresa⁷⁴ (y del propio mercado), su desarrollo y ampliación, conforme al sistema económico imperante, sólo es posible mediante la institución del crédito. De ahí que sea necesario protegerla, aún también en consideración al deudor. Y, por eso, aunque sus actos de disposición en principio no parecería que pudiesen constituir un ilícito, sí que lo pueden ser cuando atacan esta institución. Lo mismo sucede también en otros delitos socioeconómicos, como es el caso del delito fiscal⁷⁵. 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. Es 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 s. XIX, se produjo cada vez una mayor determinación de la economía (p. 43) 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-⁷⁶. 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. Por esto 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-. En consecuencia, la quiebra es una institución que dentro del amplio concepto del derecho económico supone una relación concreta con el derecho de la empresa y, en ese sentido, también el delito de quiebra⁷⁷.

Sin embargo, esta evolución del sistema económico, de gran influencia desde fines del siglo pasado en el desarrollo de otras ramas del derecho y también de la criminología, ha tenido en el campo del derecho penal una evolución trabajosa, difícil y con muchos altos y bajos. Al penalista le cuesta elevarse sobre los bienes jurídico tradicionales. Más aún, las cuestiones económicas, por su lejanía con los temas que trata, le cuesta aprehenderlas y le resultan sumamente complejas. Debido a esto

⁷⁴ cfr. Bisbal Joaquín, : ob. cit., p. 44 ss.

⁷⁵ 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 que lo que se castiga es el ataque mediante esos actos de un bien jurídico macrosocioal : el proceso de ingresos y egresos del Estado (véase 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.).

⁷⁶ cfr. Viladá Jene Carlos, : La delincuencia económica, en Pensamiento Criminológico II, Península, Barcelona 1983, p. 227 ss.

⁷⁷ Cfr. Bisbal Joaquín, : ob. cit., p. 19 ss.

siempre ha ido por el camino más fácil, tratar de ampliar los bienes jurídicos tradicionales a estas nuevas figuras, en especial el 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 microsocioal ha seguido considerando el delito de quiebra un delito contra el patrimonio. Pero si antes (p. 44) tal posición era comprensible en virtud de la confusión existente entre lo macrosocioal y lo microsocioal, aunque materialmente era evidente que se trataba de un delito contra el sistema económico, hoy que tal confusión ha desaparecido, tal posición resulta insostenible.

En modo alguno, en el delito de quiebra lo protegido es el patrimonio del acreedor o de todos los acreedores presentes o futuros. Esto es debido a que el deudor tiene el derecho de disposición sobre sus bienes y sus actos sobre éstos no pueden constituirse en delito. Y, en todo caso, si esto 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 que recaen sobre el propio patrimonio. Lo contrario significaría 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. Una errada concepción del bien jurídico respecto a un delito determinado, en consecuencia, comportará siempre este tipo de contradicciones. En este caso, el patrimonio aparece, por tanto, como un falso bien jurídico; de ahí que entre sus propios partidarios surgen dudas de si es posible el castigo de estos hechos⁷⁸.

En la actualidad, debido a esto, la solución del bien jurídico sólo puede inferirse desde el sistema socioeconómico. Por esta razón, la solución prevista en el P. 80, al contrario de la propuesta en la PANCP 1983, es la correcta en la medida que incluye este delito entre los socioeconómicos. Es una determinada concepción del sistema o modelo económico y de sus implicancias sociales lo que es afectado. La existencia de un sistema de economía social de mercado supone necesariamente la institución crediticia en el ámbito financiero del desarrollo empresarial. Sin esta institución sería imposible la configuración global de un sistema que no se puede regir sobre el pago al contado o el trueque y en el que todos los sujetos (empresarios, empleados, obreros, consumidores, Estado) están en relación de dependencia de este sistema crediticio. Por tanto, (p. 45) en el sistema crediticio financiero participan cada uno y todos los sujetos del sistema económicosocioal. Están permanente y constantemente vinculados y afectados por tal sistema crediticio. Su quehacer ordinario está ligado a tal modelo de vida económica socioal. La perturbación es grave para el quehacer socioal y en ese sentido, en principio, aparece razonable la intervención del derecho penal dentro de una concepción de extrema ratio⁷⁹.

El delito de quiebra afecta pues el sistema crediticio, la limpieza del sistema económico socioal de mercado. Haciendo un parangón con los delitos contra la competencia, aún referidos a la competencia libre o limpia, se puede decir que el ataque al sistema financiero crediticio afecta el limpio sistema económico socioal de mercado, su transparencia frente a todos los sujetos. De conformidad con este planteamiento y considerando que el fundamento de la punibilidad es el efecto negativo sobre el sistema económico crediticio, habría que concluir que tal efecto es lo distintivo, sin considerar que haya quiebra o no. De esta manera, de un lado, se abarca en definitiva el real trasfondo del delito de alzamiento de bienes y, de otro lado, se logra tanto una verdadera autonomía del derecho penal como una total precisión de un hecho delictivo dentro de una economía limpia socioal de mercado.

Estos planteamientos, en cuanto implican una futura reestructuración total de esta materia en el C.P., no son sólo de lege ferenda sino también de lege lata. Es decir que es de interpretar los arts. 520 y ss. (y también el art. 519) en el sentido que están referidos a la protección del sistema económico financiero crediticio y no del patrimonio. Este planteamiento no es negado por el hecho que, por una mala técnica legislativa, el legislador se refiera en la quiebra a hechos que pueden constituir otros delitos particulares (falsedades, estafas, simulación de contrato, etc.) y que implique, llegado el caso, la aplicación del criterio de absorción (art. 68). Ello sólo significa 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

⁷⁸ Cfr. Rodríguez Devesa, : ob. cit., p. 485 s.

⁷⁹ Cfr. Viladés Carlos, : ob. cit., p. 50 ss., 53 ss.

grave. Segundo, si hay muchos otros hechos delictivos que se den, además de la posibilidad de absorción, los correspondientes concursos reales o ideales. Y, por último, si no se da ningún otro delito particular, **(p. 46)** que se dé, en forma precisa y clara, el puro delito de quiebra, que no es un delito contra el patrimonio, sino contra el sistema económico-financiero crediticio⁸⁰.

3. Bien jurídico y necesidad de incriminación de la quiebra

Una vez resuelto el problema del bien jurídico en el delito de quiebra, la cuestión que tenemos que formularnos es si, en la medida que derecho penal es extrema ratio, tiene sentido y es necesario incriminar el delito de quiebra. 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. Crisis que, a menudo, impone la aplicación de medidas para salvar empresas viables (e indispensables o necesarias para el sistema económico). En esta perspectiva, el delito de quiebra sólo podría perturbar este proceso tendiente a salvar la empresa⁸¹.

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, se debe no sólo aceptar que las incriminaciones no sean numerosas (únicamente los hechos más graves, sino que también los procesos sean poco numerosos. El principio de extrema ratio ha de tener relevancia tanto penal material como procesal. Precisamente lo contrario, es decir la existencia de numerosos procesos en relación a ciertos hechos, debe hacer dudar tanto sobre si se respeta el principio de la extrema ratio y como sobre si realmente se esté incriminando los hechos más graves. O bien que no se protege bienes **(p. 47)** jurídicos, sino determinadas políticas económicas, culturales, sociales, etc. y que de esta manera, en definitiva, se está encubriendo con el derecho penal determinados déficits del sistema.

Pero más allá de lo anteriormente afirmado, lo que preocupa es la certidumbre de la existencia de muchos delitos de quiebra y que estos no se persigan. Esto está en relación con la última observación relativa al problema de que la quiebra está referida a la crisis de la empresa y que a menudo se trata justamente de superar tal crisis y no de ahondarla. Es por esto que nos remitimos a su análisis.

En cuanto a la segunda observación concerniente a que si la quiebra está referida al sistema económico crediticio y a la actividad empresarial -lo cual implica descartar los términos de comerciante y no comerciante por carecer de sentido-, no hay duda que las actividades de una pequeña empresa no afectan al sistema económico crediticio o que su afección resulta intrascendente para el sistema en su conjunto -es el caso del deudor no empresario-. Luego, si se quiere respetar el principio de extrema ratio del derecho penal, es de considerar innecesaria la incriminación de tales hechos, bastando entonces con las sanciones mercantiles y administrativas que correspondan. Esto se inscribe, además, dentro de la perspectiva propia al derecho penal económico: lo distintivo en el derecho penal económico es el abuso de una posición de poder⁸². Sólo a partir de esta posición de poder en el mercado, se puede justamente vulnerar el sistema. Esta es la razón para estimar sin 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. Así, se da delito fiscal o de contrabando sólo a partir de determinado volumen económico. Algo parecido se puede adoptar en el caso del delito de quiebra o buscar fórmulas materiales, por ejemplo con relación a la importancia de la empresa en el mercado (lo cual a su vez está en conexión con la última observación).

(p. 48) 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

⁸⁰ Aunque la PANCP 83 mantuvo el delito quiebra entre los delitos contra el patrimonio, dejó, sin embargo, más clara la incongruencia con este bien jurídico, pues destruye la llamada unidad jurídica de la quiebra, dado que se pueden perseguir los delitos singulares de modo independiente (art. 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.

⁸¹ Cfr. Bisbal Joaquín, : ob. cit., p. 25 ss., 281 ss.

⁸² Cfr. Bustos Ramírez Juan, : Derecho Penal, P.E. Ariel, Barcelona 1986, p. 308 s.

conduce a grandes concentraciones de capital y a que determinadas empresas tengan una gran importancia en el sistema. De acuerdo con esta realidad, al caer en crisis de lo que se trata es de superarla y no de ahondarla, justamente por los efectos negativos para el sistema y, en definitiva, para todos y cada uno de los sujetos participantes. Ciertamente el delito de quiebra, la persecución y la condena del responsable sólo pueden, en la actualidad, ahondar esa situación de crisis y que, en consecuencia, todos (comprendidos 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. Perplejidad por 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"⁸³, 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 la actividad empresarial resulta indispensable para la subsistencia del sistema. Por ello no resulta extraño que se trate de obviar el proceso criminal, pues tal como está hoy configurado dificulta 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.

(p. 49) Pero si miramos el problema desde la perspectiva macrosocia, en cuanto afección al sistema económico financiero crediticio, habría que separar la empresa del empresario. La empresa es consustancial al sistema y frecuentemente ciertas empresas resultan indispensables para su mantención 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 comercio y 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, se debe 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. Es decir, sólo castigar, en consecuencia, los hechos dolosos de acuerdo 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 deben prever 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 -hecho que sólo podría constituir una circunstancia agravante según el caso-.

En definitiva, desde la perspectiva de 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 incriminación se convierte en pura ideología y el derecho penal aparece como un sistema contradictorio, desfasado de la realidad, encubridor de procesos sociales y en una función simbólica exclusivamente negativa de dar la impresión que el Estado se está preocupando por el problema. La incriminación ha de referirse sólo a los empresarios, exclusivamente a aquéllos en que su actividad empresarial mantiene posiciones de poder dominante en el sistema económico y que intencionadamente abusan del sistema económico financiero crediticio. Sólo así la **(p. 50)** 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.

⁸³ Bisbal Joaquín, : ob. cit., p. 25.