

**CONDUCTA TÍPICA E
IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO
DE ALZAMIENTO DE BIENES**

**UNA CONTRIBUCIÓN NORMATIVISTA A LA
DOG MÁTICA DE LOS DELITOS DE INSOLVENCIA**

DOCTORANDO: Iván Patricio Navas Mondaca

DIRECTOR: Dr. Dr. hc. mult. Jesús-María Silva Sánchez

AGRADECIMIENTOS

Deseo agradecer a diversas personas e instituciones que me han ayudado a lo largo de estos años a realizar el trabajo que aquí presento como tesis doctoral.

Quiero dar las gracias a mis padres, Sergio e Ivón, y a mi hermana Camila por su infinita comprensión y cariño. A Rebeca, mi mujer, por todo su amor, apoyo y comprensión en los momentos difíciles del desarrollo de esta tesis, así como por su compañía en los de alegría. A Javier y Concepción por todo su cariño.

A mis compañeros del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, en especial a María Teresa Castiñeira, Ramón Ragués, Ricardo Robles, Nuria Pastor, Raquel Montaner, David Felip, Mariona Llobet, Íñigo Ortiz de Urbina, Ester Blay, Albert Estrada, Ivó Coca, Lorena Varela y Cristóbal Izquierdo por su amistad y cariño en todo momento. Les doy las gracias por todos aquellos momentos de alegría, como por aquellos de acalorada discusión dogmática tanto en la comida de cada día como en los seminarios quincenales del área. Sin embargo, lo más importante para mí ha sido su sincera amistad y cariño en esta tierra, Cataluña y España, que se ha transformado ya en mi segundo hogar.

También deseo expresar mi gratitud a mis compañeros del programa de Doctorado en Derecho de la Pompeu Fabra por su valiosa amistad y compañía durante todos estos años, en especial a Jesús Becerra, Ignacio Castillo, Felipe de la Fuente, Gerard Gramática, Anna Carolina Oliveira y Rodrigo Silva. Quiero agradecer igualmente a mis compañeros del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Bonn por su inestimable ayuda, en especial a Javier Contesse, Andy Carrión, Laura Mayer y Andrés Schlack.

Quiero agradecer también al profesor Dr. Urs KINDHÄUSER por recibirme en el Instituto de Derecho penal que dirige en la Universidad de Bonn, así como por la orientación y por sus valiosos consejos. También deseo dar las gracias al profesor Dr. Günther JAKOBS por los valiosos comentarios que me brindó durante mis estancias de investigación en la Universidad de Bonn. Igualmente quiero agradecer al profesor Dr. Kai AMBOS por recibirme en el Instituto de Ciencias Criminales que dirige en la Universidad de Göttingen y por permitirme consultar la extraordinaria biblioteca de Derecho penal que allí poseen.

Agradezco también al Ministerio de Economía por la beca FPI asociada al proyecto de investigación FFI2008-01738 “Nuevos fenómenos regulatorios y responsabilidad penal en la empresa”, que me permitió desarrollar la tesis doctoral, así como por las ayudas para la realización de diversas estancias breves de investigación que llevé a cabo en Alemania. Asimismo, deseo expresar mi gratitud a la Universidad Pompeu Fabra por acogerme como uno más de sus miembros durante todo este período.

Por último, pero no por ello menos importante, quiero agradecer a mi Maestro, el Prof. Dr. Dr. hc. mult. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. Su extraordinario magisterio científico sólo superable por su calidad humana, ha sido para mí el mayor estímulo que he podido recibir. Poder formarme bajo su amparo durante todos estos años ha sido un verdadero privilegio que, junto con su apoyo personal en todo momento, han hecho posible llevar a buen puerto este trabajo.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	XI
INTRODUCCIÓN.....	15

PRIMERA PARTE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

CAPÍTULO I EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

I. LA DISCUSIÓN SOBRE EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE INSOLVENCIA	27
II. LA TESIS PATRIMONIALISTA PURA	29
1. Crítica a la tesis patrimonialista pura.	32
III. LA TESIS PATRIMONIALISTA MIXTA	35
1. Críticas a la tesis patrimonialista mixta.....	46
IV. LAS TESIS SUPRAINDIVIDUALES	53
1. El sistema económico crediticio.....	54
Críticas a la tesis del sistema económico crediticio	56
2. La fe pública o comercial	57
Críticas a la tesis de la fe pública o comercial.....	59
3. La Administración de Justicia	60
Críticas a la tesis de la Administración de Justicia	63
4. La función social de la propiedad	65
Críticas a la tesis de la función social de la propiedad	67

CAPÍTULO II
LA FORMA DE AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO.
LA NATURALEZA DEL INJUSTO DEL DELITO
DE ALZAMIENTO DE BIENES

I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	69
II. LA TESIS DOMINANTE. EL INJUSTO DE PELIGRO.....	70
III. CRÍTICAS A LA TESIS DOMINANTE.....	78
IV. LA TESIS MINORITARIA. EL INJUSTO DE LESIÓN.....	91
V. CRÍTICAS A LAS TESIS MINORITARIA.....	98
VI. LA REFORMA PENAL DE 2010 Y SU IMPACTO EN LA DISCUSIÓN DEL INJUSTO.....	99

SEGUNDA PARTE
ANÁLISIS DEL TIPO DE ALZAMIENTO

CAPÍTULO I
EL TIPO DE ALZAMIENTO EN LA TIPOLOGÍA DELICTIVA

I. CLASIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DELITOS SEGÚN LA PARTE OBJETIVA DEL TIPO.....	101
II. DELITOS DE MERA ACTIVIDAD.....	102
1. De peligro abstracto.....	102
2. Delitos de lesión.....	104
III. DELITOS DE RESULTADO.....	104
1. Delitos de lesión.....	105
2. Delitos de peligro concreto.....	105
IV. TOMA DE POSTURA.....	110

CAPÍTULO II
LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO
DE ALZAMIENTO DE BIENES

I. LA RELACIÓN JURÍDICA PREVIA	117
1. El estado de la obligación	122
2. La naturaleza de la obligación.....	124
II. LA CONDUCTA TÍPICA. EL CONCEPTO DE ALZAMIENTO	126
III. EL FAVORECIMIENTO DE ACREEDORES	142
1. Tesis de la atipicidad.....	144
2. Tesis de la justificación	146
IV. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO	152
V. EL TIPO SUBJETIVO.....	155

CAPÍTULO III
TIPO DE TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	163
II. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA OBLIGACIÓN	167
1. El vencimiento legal por insolvencia del deudor.....	167
2. El vencimiento por pacto entre acreedor y deudor	173
III. TENTATIVA	181
IV. CONSUMACIÓN	184

TERCERA PARTE
LA INSATISFACTORIA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA
DEL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES.
BASES DE UN MODELO ALTERNATIVO

CAPÍTULO I

PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA ACTUAL INTERPRETACIÓN

I. EL ESPEJISMO DEL CONCEPTO «OCULTACIÓN»	189
II. LA SOBREALORACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO....	195
III. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN LOS DELITOS DE INSOLVENCIA .	199
1. El deudor que omite declarar bienes en un embargo	200
2. El deudor-heredero que no acepta una herencia.....	202
3. La omisión de llevar una correcta contabilidad mercantil.....	203
IV. CRÍTICA A LA DOCTRINA DOMINANTE. NUEVOS CASOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN SIN SOLUCIÓN SATISFACTORIA	205
V. BALANCE	214

CAPÍTULO II

BASES DE UN MODELO ALTERNATIVO

I. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL: DE NUEVO SOBRE EL «BIEN JURÍDICO»	217
II. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	228
1. Responsabilidad por infracción de deberes negativos.....	230
2. Responsabilidad por infracción de deberes positivos	234
III. LA TEORÍA DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO E IMPUTACIÓN OBJETIVA	242

CUARTA PARTE
APROXIMACIÓN NORMATIVA AL DELITO
DE ALZAMIENTO DE BIENES

CAPÍTULO I

LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL DEUDOR EN EL DERECHO

I. LA POSICIÓN DEL DEUDOR EN EL DERECHO.....	251
1. El deber negativo del deudor	251
2. ¿Tiene el deudor un deber positivo?	253
II. MODELOS NORMATIVOS DE CONDUCTA DEL DEUDOR	257
1. Modelo abstracto del no profesional. El buen padre de familia	260
2. El modelo abstracto profesional.....	263
3. El modelo del ordenado empresario.....	265
III. FUNCIÓN DE LOS MODELOS NORMATIVOS DE CONDUCTA DEL DEUDOR	267

QUINTA PARTE
LÍMITES A LA LIBERTAD ORGANIZATIVA DEL DEUDOR

CAPÍTULO I
EL COMPORTAMIENTO TÍPICO

I. LA DETERMINACIÓN DEL RIESGO PERMITIDO	273
1. La determinación en abstracto.....	273
2. La determinación en concreto	279
II. LA CONCRECIÓN DEL ESTÁNDAR NORMATIVO DE CONDUCTA DEL DEUDOR	291
1. El estándar de conducta del buen padre de familia.....	293
2. El estándar de conducta del ordenado empresario.....	297
a) El deudor como sociedad de capital.....	298

VIII

b) El deudor ante la Ley de modificación estructural de la sociedad mercantil.....	299
c) El deudor inversor	305

III. CASOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER DE CONDUCTA DEL DEUDOR	309
1. Ventas sin retorno. Negocios simulados	311
2. Conductas irracionales	312
3. Negocios y gastos antieconómicos	314
4. Negocios especulativos o de riesgo	315

CAPÍTULO II

DEBERES DE AUTOPROTECCIÓN DEL ACREEDOR

I. LA VICTIMODOGMÁTICA.....	319
II. EL ACREEDOR ANTE LA TENTATIVA DEL DEUDOR.....	329
III. LA OMISIÓN DEL COBRO DE UN CRÉDITO.....	334

CAPÍTULO III

LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO TÍPICO DE INSOLVENCIA

I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	339
II. LA INSOLVENCIA EN LA DOGMÁTICA PENAL.....	343
III. TOMA DE POSTURA. UNA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA INSOLVENCIA	347
IV. LA INSOLVENCIA APARENTE. UN CONCEPTO FUNCIONAL PARA EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES	355

CAPÍTULO IV
LA COMISIÓN POR OMISIÓN DEL DEUDOR

I. LA IDENTIDAD ESTRUCTURAL Y MATERIAL ENTRE LA OMISIÓN Y LA COMISIÓN ACTIVA DEL RESULTADO DE INSOLVENCIA	365
II. TOMA DE POSTURA. SOLUCIÓN DE CASOS PROBLEMÁTICOS	369
CONCLUSIONES	381
JURISPRUDENCIA	387
BIBLIOGRAFÍA	393

ABREVIATURAS.

§	Parágrafo alemán
art.	Artículo
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADCo	Anuario de Derecho Concursal
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ATS	Auto del Tribunal Supremo
AP	Actualidad Penal
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
Cc	Código de Comercio
CC	Código Civil
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
comp.	Compilador/es
coord.	Coordinador/es
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CP	Código Penal
CPDHLF	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
dir.	Director /directores

XII

EDJ	El Derecho (Jurisprudencia)
et al	y otros
FD	Fundamento de Derecho
FS	Festschrift
GA	Goldammer`s Archiv für Strafrecht
GS	Gerichtssaal
JA	Juristische Arbeitblätter
JuS	Juristische Schulung
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LC	Ley Concursal, 22/2003 de 9 de julio.
LH	Libro Homenaje
MK	Münchener Kommentar
NK	Nommos Kommentar
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
nm.	Número marginal
núm.	número
p. pp.	Página/páginas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología

REPCPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
s. ss.	siguiente/siguientes
SK	Systematischer Kommentar
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español
t.	Tomo
vol.	Volumen
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

INTRODUCCIÓN

En las sociedades occidentales el estudio de la responsabilidad por la insolvencia tiene una larga trayectoria, cuyo origen se remonta al mismo Derecho romano. En el sistema jurídico romano no existió diferencia entre la responsabilidad civil y penal del deudor, lo que tuvo como consecuencia una particular severidad del tratamiento punitivo de las conductas de impago de las obligaciones y de las situaciones de insolvencia del deudor¹.

Ya en la cultura jurídico-penal más reciente, los delitos de insolvencia han sido objeto de un permanente análisis por la dogmática jurídico-penal desde los orígenes de la moderna teoría del delito². Es cierto que en el estudio del Derecho penal patrimonial, la permanente preocupación por parte de los autores ha recaído en el delito de estafa. Sin embargo, desde el período de la codificación los delitos de insolvencia eran considerados como las más graves de las defraudaciones³. Actualmente, y aun en contra de las permanentes reformas que ha llevado a cabo el legislador, influido por la cambiante realidad económica, es posible hablar de la existencia de un verdadero Derecho penal de la insolvencia⁴. Como tal, debe entenderse aquel conjunto de tipos penales que se basan en la producción de una situación de insolvencia, o de su inminencia, y que reflejan un menoscabo

¹ HILTENKAMPS-WISGALLE, *Die Bankrottdelikte*, 1987, p. 14; MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, p. 899.

² Véase REICHART, «Der strafbare Bankerott», *GA*, 1899, pp. 241 y ss.; PACHECO, *El código penal. Comentado y concordado*, 6ª ed., 1888, pp. 338 y ss.

³ PACHECO, *El código penal. Comentado y concordado*, 6ª ed., 1888, p. 338.

⁴ KINDHÄUSER, *NK*, 4ª ed., 2013, «Vor §283», nm. 1; TIEDEMANN, *Insolvenzstrafrecht*, 2ª ed., 1996, p. 7; EL MISMO, *Konkurs-Strafrecht*, 1985; WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed., 2011, p. 308; BACIGALUPO SAGGESE, «Insolvencia y derecho penal» *La Ley Digital*, 2011, pp. 1 y ss.

de los intereses del acreedor⁵. Este concepto de Derecho penal de la insolvencia es, en mi opinión, el que me parece más preciso por sobre el denominado Derecho penal concursal que también es utilizado en algunas ocasiones⁶. La razón de la preferencia por el concepto de Derecho penal de la insolvencia es que hay delitos como el alzamiento de bienes que no necesitan de la existencia de un proceso concursal para tener lugar.

Observando el ordenamiento jurídico español vigente, las principales figuras delictivas que configuran el Derecho penal de la insolvencia son el delito de alzamiento de bienes y el delito concursal (antiguo delito de quiebra), esto es, los artículos 257.1.1º y 260 respectivamente. No obstante, tanto alrededor del alzamiento de bienes como del delito concursal orbitan una serie de tipos penales que constituyen en cierta medida conductas específicas de alzamiento (por ejemplo el art. 258), o comportamientos relacionados con el delito concursal (así, el art. 259) que castigan determinados hechos que atacan al principio de *par conditio creditorum*⁷. Además, existen otros tipos penales que, ya más alejados de aquellos comportamientos propios de insolvencia, inciden indirectamente en el proceso de ejecución universal (como la presentación de documentos falsos del art. 261)⁸.

⁵ TIEDEMANN, *Konkurs-Strafrecht*, 1985, p. 5.

⁶ En este sentido CANESTRARI, «Riesgo empresarial», e imputación subjetiva en el derecho penal concursal», en TERRADILLOS/ALCALE (coord.), *Temas de derecho penal económico*, 2004, pp. 67 y ss.

⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, «Las insolvencias punibles en las sociedades mercantiles», en TERRADILLOS/ALCALE (coord.), *Temas de derecho penal económico*, 2004, pp. 83 y ss.

⁸ Paradigmático es el caso del artículo 261 que castiga la presentación de datos falsos relativos al estado contable del concursado y que más bien debería ser tratado en los supuestos de falsedades documentales.

Naturalmente, la existencia de varias figuras dentro de la rúbrica denominada «insolvencias punibles» presenta cierta dificultad sistematizadora. Un aporte con el objetivo de clarificar este conjunto de tipos penales es la opinión en este punto de GONZÁLEZ CUSSAC. Este autor diferencia por una parte los delitos de alzamiento de bienes, incluyendo el tipo básico (art. 257.1.1º) y sus modalidades específicas (art. 257.1.2º y 258); y por otra aquellos tipos que guardan relación con los procedimientos de ejecución colectiva (art. 259, 260 y 261). Para este autor, el fundamento de ello consiste en que el primer grupo de delitos se inscriben en procesos singulares y el segundo en procesos universales⁹.

No obstante, me parece que puede irse más allá de la clasificación anterior para obtener todavía una mayor claridad analítica en la sistematización del Derecho penal de la insolvencia. Ello se consigue, en mi opinión, dividiendo el conjunto de tipos penales en dos grupos de delitos. Por un lado aquellos tipos penales cuya existencia está sujeta a una condición objetiva de punibilidad como lo es la declaración mercantil de concurso del deudor, y por otro, aquellos tipos penales que no necesitan tal condición objetiva para ser llevados a cabo. En el primer caso, se encuentra naturalmente el delito concursal del art. 260 y todos aquellos que guardan relación con él, y que serían los tipos de los artículos art. 259, 260 y 261. En el segundo caso se incluyen tanto el delito básico de alzamiento de bienes (art. 257.1.1º) como los tipos específicos de alzamiento de los arts. 257.1.2º y 258.

Abordar con profundidad el estudio de todas estas figuras delictivas es una tarea inmensa. Por ello, en este trabajo se ha decidido realizar un estudio de aquel tipo que representa seguramente la principal figura

⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, en TERRADILLOS/ALCALE (coord.), *Temas de derecho penal económico*, 2004, p. 84.

delictiva del conjunto de delitos que conforman el Derecho penal de la insolvencia en el Derecho penal español. Aquí me refiero al tipo básico del delito de alzamiento de bienes tipificado en el art. 257.1.1º. Particularmente por el hecho de que la diferencia entre el delito de alzamiento de bienes y el delito concursal se base en un aspecto estrictamente formal referido a la declaración mercantil de concurso que exige este último delito¹⁰.

Respecto a la figura delictiva del alzamiento de bienes, ella tiene por cierto una gran tradición en nuestra doctrina y jurisprudencia. Si bien el tipo básico de alzamiento de bienes ha mantenido su estructura básica a pesar de las continuas reformas al Derecho penal de la insolvencia, la nueva regulación que se estableció en el Código Penal de 1995 y que agrupó bajo el capítulo de «insolvencias punibles» tanto al alzamiento como al delito concursal, ameritan un estudio del tipo de alzamiento a la luz de los modernos avances de la dogmática penal. Lo anterior, sumado al cambio en la regulación en materia concursal (en relación a la Ley Concursal de 2003), constituyen dos puntos de importancia a tener en consideración para una revisión del delito de alzamiento de bienes.

Efectivamente, una revisión moderna del alzamiento de bienes como principal figura del grupo de las insolvencias punibles se presenta necesaria. No sólo porque siguen subsistiendo los viejos y tradicionales problemas que los autores han venido poniendo de manifiesto durante los

¹⁰ En este sentido BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 433; FEJOO SÁNCHEZ, «Sociedades mercantiles en crisis y derecho penal», *ADCo*, 2009, p. 36. Tal situación se ve incluso en unos de los indicios del concurso culpable que tipifica la Ley Concursal. En su art. 164.2.4º se señala que en todo caso el concurso se calificará como culpable cuando el deudor se hubiera alzado con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. Se trata de una presunción, pero que pone de relieve que el alzamiento de bienes es una de las formas de llevar a producir el concurso imputable al deudor.

últimos cien años de análisis dogmático de los tipos penales de insolvencia¹¹, sino porque también es necesario plantear soluciones a nuevos desafíos a los que debe responderse en el actual contexto de expansión del Derecho penal y en particular del Derecho penal económico. De manera particular, es justamente en un delito como el alzamiento de bienes donde la capacidad de rendimiento de la teoría de la imputación objetiva, como herramienta dogmática de interpretación de los tipos penales, debe poder proporcionar soluciones al permanente problema de determinar de los espacios de libertad de actuación del deudor frente a los intereses del acreedor.

En relación a este último punto, se trata de determinar los ámbitos de riesgo permitido de actuación del deudor que permitan armonizar la libertad de organización de su propia esfera patrimonial con la protección que le otorga el Derecho al acreedor. Con otras palabras, la función que deberá cumplir la teoría de la imputación objetiva será justamente la de poder resolver la colisión entre la libertad jurídicamente garantizada que posee el deudor para disponer de su propio patrimonio, frente a la expectativa de cobro que posee el acreedor en virtud de su derecho de crédito. Efectivamente, la tarea de determinación del riesgo permitido debe ser asumida por la teoría normativa de la tipicidad. Dicha labor es particularmente compleja cuando nos encontramos ante un delito como el alzamiento de bienes donde los comportamientos del sujeto activo se llevan a cabo en el subsistema económico en que existen riesgos inherentes a la mayoría de las operaciones económicas que implican disposición del propio patrimonio.

¹¹ Véase COHN, «Zur Lehre vom strafbaren Bankerutt», *GA*, 1893, pp. 198 y ss.; Recientemente SOUTO GARCIA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, pp. 21 y ss.

Actualmente, el alzamiento de bienes se encuentra regulado en el artículo 257 y siguientes del Capítulo VII denominado *De las insolvencias punibles*, dentro del Título XIII que establece los *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. A diferencia del anterior Código, hoy los delitos de alzamiento de bienes se ubican bajo la rúbrica *De las insolvencias punibles*. En opinión de la doctrina mayoritaria, ello produce que la insolvencia se constituya en una *cualidad genérica* de las figuras que se encuentren en el capítulo VII¹². En este sentido, la insolvencia pasa a tener un rol fundamental en la configuración de estos tipos penales. Por ello, el estudio desde el concepto, análisis y efectos que produce la insolvencia tiene una significativa importancia para la correcta aplicación del alzamiento de bienes.

Por otra parte, cabe recordar que el Derecho penal, ya sea a través del delito de alzamiento de bienes u otro tipo penal de insolvencia, viene a otorgar protección penal a una situación que se encuentra, en determinados aspectos, regulada previamente en otros subsistemas del ordenamiento jurídico. Me refiero especialmente al Derecho civil, disciplina que construye antes que el Derecho penal todo un conjunto de reglas de protección, deberes y derechos para el deudor y el acreedor en tanto que principales sujetos en la relación jurídica civil como en el ámbito penal. Por este motivo, el Derecho penal debe tener en consideración la *configuración normativa* de los contactos entre las esferas jurídicas del deudor y del acreedor para mantener una coherencia dentro del mismo ordenamiento jurídico.

Además del Derecho civil, también el estudio del Derecho mercantil, particularmente el Derecho concursal a través de la Ley Concursal

¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 45. La cursiva es mia.

22/2003 de 9 de julio (LC), debe estar presente en cierta medida en el análisis de todo delito de insolvencia. Particularmente por que la LC trabaja con un concepto de insolvencia al que cabe hacer remisión ya sea para afirmar o rechazar su aplicación en el ámbito penal.

Pues bien, la confluencia de dos disciplinas tan especializadas como el Derecho civil y el concursal, obedece a que estamos frente a un delito que tiene directa relación y aplicación en el *tráfico jurídico-económico* de bienes y servicios. En efecto, suele señalarse que vivimos en una *economía crediticia*, basada en la concesión del crédito y en la transmisión del derecho de crédito, donde la insolvencia se constituye en la mayor lesión del derecho de crédito al defraudar expectativas de cobro¹³. Debido a esta perspectiva interdisciplinar, no puede perderse de vista la configuración de la protección del acreedor como figura central de la relación obligacional y la necesidad de garantizar un espacio jurídico-penal de libertad del deudor. En un modelo económico que tiene como pilar fundamental de su existencia el tráfico jurídico y la libertad de contratación, las principales expectativas de los agentes económicos que participan en él son precisamente que las partes cumplan. Para que los agentes económicos sigan confiando en un sistema que se basa en el tráfico de bienes, se necesita confiar en el cumplimiento de las expectativas de cobro y en el valor que representan los derechos de crédito.

Anteriormente me he referido a la misión que tiene la teoría de la imputación objetiva en relación a la determinación de los riesgos permitidos y de los no permitidos en delitos como el alzamiento de bienes.

¹³ Véase OLIVENCIA RUIZ, «El derecho concursal y el mercado del crédito», en PULGAR EZQUERRA, (dir.) *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito*, 2010, p. 152.

Pues bien, un punto de tensión que de manera particular asoma en el alzamiento de bienes versa justamente sobre el riesgo permitido. En el Derecho penal, la institución del riesgo permitido viene a delimitar aquellas conductas creadoras de riesgos jurídico-penalmente relevantes de aquellos riesgos socialmente aceptados y que no tienen la entidad para configurar un delito. La cuestión por así decirlo “novedosa” en el alzamiento de bienes es que, a diferencia de lo que ocurre en otros delitos patrimoniales como el hurto, el robo o la estafa, en el tipo de alzamiento la conducta del sujeto activo recae materialmente sobre un único objeto, su propio patrimonio en el cual confluyen dos esferas jurídicas. No hay en el alzamiento de bienes un apoderamiento o engaño a la víctima que produzca la disminución patrimonial, sino que el deudor como sujeto activo afecta a bienes que se encuentran dentro de su propia esfera de organización. A razón de esta peculiar situación, surgen algunas preguntas fundamentales desde un punto de vista dogmático ¿Tiene el deudor un deber de mantener íntegro su patrimonio? ¿Qué clase de deber es? ¿Tiene el deudor un deber positivo de ayuda o mejora del patrimonio de su acreedor o simplemente se trata de un deber negativo de responder en virtud de su libertad de organización?

En ocasiones, la jurisprudencia ha señalado aunque sin mayor abundamiento que «*el deudor tiene la posición de garante respecto de la conservación real de su patrimonio*»¹⁴. ¿Es efectivamente el deudor garante de su patrimonio? La imputación por omisión, en concreto la comisión por omisión, es uno de los puntos más oscuros y menos discutidos en toda la historia de la dogmática de las insolvencias punibles. El debate surge sobre la base de si puede atribuirse responsabilidad penal

¹⁴ Véase STS núm. 411/1998 de 23 de marzo (RJ 1998\4080).

a un deudor por no evitar su situación de insolvencia, o si bien esta última es sólo realizable por medio de comisiones activas.

Otro de los aspectos del delito de alzamiento de bienes y en general de los delitos de insolvencia es el referido al bien jurídico protegido por estas figuras. En particular por el tipo de alzamiento de bienes. Tradicionalmente se ha sostenido que el objeto de protección penal es el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos. Sin embargo, una parte de la doctrina, enfatizando la relevancia que para el sistema económico tienen las situaciones generalizadas de insolvencia, viene afirmando que junto a la protección del derecho de crédito del acreedor, existe una protección de un bien jurídico supra individual que correspondería al *buen funcionamiento del sistema crediticio o económico*¹⁵. Puede señalarse que la discusión sobre este concreto punto sigue abierta. Evidentemente puede diferenciarse, aunque ya no con tanta claridad como antaño, un sector dominante y otro que con fuerza ha irrumpido en las últimas décadas con nuevos argumentos.

A lo largo del presente trabajo, se abordarán estas y otras cuestiones relativas a problemas fundamentales de la responsabilidad e imputación del tipo básico del delito de alzamiento de bienes. Si bien este trabajo se ha centrado en la conducta típica del tipo básico de alzamiento de bienes contenida en el artículo 257.1.1º, veo perfectamente posible la aplicación de mucho de lo que aquí se señala para otros tipos que digan directa relación con la insolvencia. Ello, especialmente cuando se sostiene que

¹⁵ Véase TIEDEMANN, *LK*, 12ª ed., 2009, «Vor §283», nm. 58; EL MISMO, *Insolvenzstrafrecht*, 2ª ed., 1996, pp. 30 y 31; EL MISMO, *Konkurs-Strafrecht*, 1985, p. 25; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español: parte especial*, 6ª ed., 2010, p. 747. Otros autores van incluso más lejos y ven al sistema crediticio como único bien tutelado. En este último sentido BUSTOS RAMÍREZ, «Política criminal y bien jurídico protegido en el delito de quiebra», en *ADPCP*, 1990, pp. 26 y ss.

entre el delito de alzamiento de bienes y el delito concursal sólo existe una diferencia de carácter formal que consiste en la declaración mercantil del concurso que debe existir para el delito concursal del art. 260¹⁶.

En cuanto a la metodología, esta investigación constituye fundamentalmente un estudio dogmático del tipo básico tipificado en el art. 257.1.1º del CP, cuya lacónica tipicidad está formada por la expresión de «*el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores*». Efectivamente, la utilización de la dogmática penal como herramienta de análisis del estudio del Derecho penal es irrenunciable¹⁷. No existe otro método de estudio o de análisis del Derecho penal que arroje mejores resultados en nuestra disciplina jurídica, si se pretende construir un sistema de Derecho penal basado en criterios de razonabilidad, seguridad jurídica, sistematización y legitimidad.

Ahora bien, no obstante la brevísima descripción típica del alzamiento de bienes, la conducta allí descrita es sancionada con una pena que puede ir desde uno a seis años de prisión. Al tratarse de una figura de la parte especial, su análisis se realiza desde las construcciones de la parte general del Derecho penal. Para ello se recurre a la moderna teoría de la imputación y a los postulados normativos de la responsabilidad jurídico-penal bajo las formulaciones de un sistema funcionalista del Derecho penal. Esto último, comprendido como una determinada orientación que debe tener el Derecho penal a la consecución de determinados fines en el

¹⁶ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 433; GALLEGO SOLER, *Patrimonio y perjuicio patrimonial en derecho penal*, Tesis Doctoral Universidad de Barcelona, 2001, p. 537.

¹⁷ ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al derecho penal», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 20.

sistema social en el cual opera¹⁸. También, a modo de complementar el análisis se ha tenido presente la jurisprudencia más significativa al respecto. Por último, he considerado particularmente algunas instituciones jurídicas de otras ramas del Derecho. En concreto algunos aspectos relevantes del Derecho civil y del Derecho concursal que tienen significativa aplicación en el delito de alzamiento de bienes.

¹⁸ Acerca de las concepciones funcionalista de base normativo-teleológicas de la dogmática moderna véase ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», *InDret*, 2012, pp. 4 y ss.

PRIMERA PARTE
EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

CAPÍTULO I
EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

I. LA DISCUSIÓN SOBRE EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE INSOLVENCIA

La cuestión sobre el objeto de protección en los delitos de insolvencia ha sido seguramente uno de los temas más debatidos por la doctrina desde la aparición de los primeros trabajos hasta publicaciones más recientes¹⁹.

Actualmente, la discusión del bien jurídico en los delitos de insolvencia ha cobrado más vigencia debido principalmente a la aparición de algunas posturas que observan que el bien jurídico va más allá de la protección de

¹⁹ Véase acerca de este debate en la doctrina alemana por todos TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrechts. Besonderer Teil*, 3ª ed., 2011, p. 249 y ss.; EL MISMO, *LK*, 12ª ed., 2009, «Vor §283», nm. 45 y ss.; EL MISMO, *Konkurs-Strafrecht*, 1985, pp. 43 y ss. En la doctrina de lengua española QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., 2010, pp. 747 y ss.; MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible*, 2010, p. 78 y ss.; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, pp. 117 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., 2009, pp. 420 y ss.; EL MISMO, «El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes», en BAJO (dir.), *Empresa y derecho penal (II)*, 1999, pp. 197 y ss.; EL MISMO, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 54 y ss.; CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, pp. 55 y ss.; HUERTA TOCILDO, «Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes», en CEREZO *et al* (eds.), *El nuevo código penal: presupuesto y fundamentos*, 1999, pp. 791-812; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, 1995, p. 139; BUSTOS RAMÍREZ, *ADPCP*, 1990, pp. 26 y 61; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, 2ª ed., t. III, 1978, p. 11 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, pp. 43 y ss.

intereses patrimoniales individuales del acreedor. Como se observará a continuación, estos planteamientos a los que hago mención postulan que lo protegido por los tipos penales de insolvencia corresponde también a un bien jurídico colectivo o supra individual, referido al buen funcionamiento del sistema económico crediticio²⁰.

La sistematización de las distintas corrientes doctrinales que aquí se presenta se divide en tres grandes grupos. Si bien su contenido será analizado en el siguiente apartado, creo necesario esbozar brevemente hacia adonde apunta la clasificación que propongo. Una primera tesis la denomino *tesis patrimonialista pura*. Ella representa aquella postura que sostiene que el bien jurídico lesionado por el alzamiento de bienes y en general por los delitos de insolvencia, constituye *únicamente* el derecho de crédito del acreedor representado por el patrimonio individual de éste.

La segunda tesis, denominada *tesis patrimonialista mixta*, introduce un matiz al sostener que los delitos de insolvencia junto con el patrimonio de los acreedores en determinados casos, *también* afecta a un aspecto supraindividual compuesto por el buen funcionamiento o capacidad del sistema económico crediticio. Finalmente, en el tercer grupo denominado *tesis meta patrimonialista* agrupo aquellas posturas que manifiestan que lo lesionado es únicamente un bien jurídico supraindividual. Estas corrientes descartan que el patrimonio individual del acreedor tenga protección penal a través del tipo de alzamiento de bienes u otros tipos de insolvencia. Sin embargo, dentro de estas tesis meta patrimonialista, no sólo se puede encontrar la referencia al correcto funcionamiento del sistema económico crediticio como referente de protección, sino que este aspecto

²⁰ Véase por todos en Alemania TIEDEMANN, *Insolvenz-Strafrecht*, 2ª ed., 1996, p. 30. Y en la doctrina española, aunque despojando completamente el aspecto patrimonial individual del bien jurídico BUSTOS RAMÍREZ, *ADPCP*, 1990, pp. 26 y ss.

supraindividual se refiere para algunos autores al buen funcionamiento de la administración de justicia y para otros a la confianza pública en el tráfico jurídico-económico²¹.

Aun cuando realizo una subdivisión dentro de la propia corriente patrimonialista, esto es, la distinción entre tesis patrimonialista pura y la mixta, cabe señalar que aquella postura que apunta al patrimonio individual o a los intereses del acreedor como objeto de protección de los tipos de insolvencia constituye la postura dominante tanto en Alemania como en España²². Ahora bien, si dentro de la subdivisión patrimonialista domina aquella que introduce el matiz supraindividual o aquella que no lo introduce, es algo que se presenta complejo de afirmar debido a la ya casi inabarcable bibliografía en la materia.

II. LA TESIS PATRIMONIALISTA PURA

Para esta postura, los delitos de insolvencia producen únicamente una afectación a la esfera patrimonial individual del acreedor. Ya sea como una lesión o como una puesta en peligro del derecho de crédito en tanto que elemento del patrimonio. En tal sentido, se considera que el bien jurídico protegido es el interés o derecho de crédito de los acreedores, o su pretensión o derecho a la satisfacción. En el fondo se trata de la protección que se otorga al patrimonio de los acreedores²³. La idea de

²¹ En el mismo sentido NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 36. De otra opinión GÓMEZ PAVÓN, «Las insolvencias punibles en el código penal actual», *CPC*, 1998, p. 38.

²² Véase por todos RADTKE/PETERMANN, *MK*, 2ª ed., 2014, «Vor §283», nm. 11 y nm. 18; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 47.

²³ En esta línea RADTKE/PETERMANN, *MK*, 2ª ed., 2014, «Vor §283», nm. 11; KINDHÄUSER, *NK*, 4ª ed., 2013, «Vor §283», nm. 19; PÜSCHEL, «Boom der

comprender al patrimonio individual como el bien jurídico protegido se puede encontrar ya desde los tiempos de VON LISZT. Para este autor, los delitos de bancarrota, entendidos como los actuales delitos de insolvencia, consistían en «la lesión del derecho de crédito del acreedor cometida por parte del deudor través de la dolosa o imprudente disminución de su patrimonio»²⁴.

En general, los autores que se inscriben en lo que denomino tesis patrimonialista pura observan en la institución civil de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (establecida actualmente en el artículo 1911 del CC) un fuerte argumento de Derecho positivo que refuerza la concepción patrimonial individual del bien jurídico. Así, por ejemplo autores como OCAÑA RODRÍGUEZ señalan que el bien jurídico protegido por el tipo de alzamiento de bienes es la responsabilidad patrimonial *ex lege* del artículo 1911 del Código Civil²⁵. Nos hallaríamos, para este autor, ante una protección y conservación del derecho de crédito cuando la sanción civil se estime insuficiente²⁶.

Otros autores como MUÑOZ CONDE, que se adhiere también a esta postura patrimonialista, sostiene más específicamente que el bien jurídico del tipo

Insolvenzdelikte» *FS für Rissing-van Saan*, 2011, p. 477; BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 423; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 6ª ed., 2002, §61, nm. 82; GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, 2000, pp. 24 y ss.; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 64; EL MISMO, en BAJO (dir.), *Empresa y derecho penal (II)*, 1999, p. 233; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, pp. 25 y 27; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2ª ed., 1983, §11, nm. 93; LANDROVE DÍAZ, *Las quiebras punibles*, 1979, p. 146 y ss.

²⁴ VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 3ª ed., 1888, p. 440.

²⁵ OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 1997, p. 37.

²⁶ OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 1997, p. 37.

de alzamiento de bienes es el interés del acreedor a satisfacerse en el patrimonio del deudor, el denominado *derecho a la satisfacción* que tiene el acreedor respecto a su deudor²⁷. A juicio de este autor, no es sólo que en el tipo de alzamiento de bienes se proteja el derecho de crédito de los acreedores, sino que esta protección del crédito sería el bien jurídico común a todos los tipos de insolvencias punibles²⁸. En el mismo sentido, para GONZÁLEZ CUSSAC «*el objeto de protección* de todas estas figuras se concreta exclusivamente en el derecho de crédito, y éste es el que determina el bien jurídico protegido»²⁹, señalando además de manera explícita que el sistema financiero en modo alguno integra el bien jurídico. Para este último autor, tanto el tipo de alzamiento de bienes como el tipo del delito concursal tienen como *objeto de protección* el derecho de crédito, y el llamado sistema financiero o economía crediticia no integra tal categoría, sino que esta referencia supraindividual pertenece al *objeto de la lesión*³⁰. Otros autores, como GÓMEZ PAVÓN, afirman que si bien desde una perspectiva de *lege ferenda* puede defenderse las tesis supraindividuales, lo cierto es que de *lege lata* se sigue manteniendo como objeto jurídico de protección los concretos intereses individuales de los acreedores a satisfacerse en el patrimonio del deudor³¹.

También en esta misma línea patrimonialista, se ha pronunciado LANDROVE DÍAZ cuando hace mención al bien jurídico del delito

²⁷ Véase MUÑOZ CONDE, en *Empresa y derecho penal (II)*, 1999, p. 236; EL MISMO, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 67.

²⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial.*, 18ª ed., 2010, p., 458.

²⁹ Véase GONZÁLEZ CUSSAC, «Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003», en HERNÁNDEZ MARTÍ (coord.), *Concurso e insolvencia punible*, 2004, p. 649.

³⁰ Véase GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, 2000, pp. 24 y 25.

³¹ GÓMEZ PAVÓN, *CPC*, 1998, p. 42.

concursal. Señala este autor que la tutela jurídico-punitiva, se dirige a la salvaguarda de los intereses patrimoniales de los acreedores del quebrado. Lo protegido, en opinión de este autor, es el patrimonio cristalizado en un específico derecho de crédito³². LANDROVE DÍAZ subrayaba que la quiebra es un *hecho económico*, en el que sin duda prima un interés patrimonial como razón de ser. Se trata, en su opinión, de una verdadera *infracción crediticia*, en que la acción recae sobre créditos, atacándose, en consecuencia, los derechos patrimoniales de quienes ostentan la legitimidad para hacerlos efectivos³³.

1. Crítica a la tesis patrimonialista pura.

Autores como BUSTOS RAMÍREZ y CABALLERO BRUN conforman el sector más crítico con la postura patrimonialista individual del bien jurídico en los tipos de insolvencia. Ello resulta coherente desde la postura supraindividual que sostiene el primero y con la postura procesalista del segundo autor.

Lo que sostiene BUSTOS RAMÍREZ, si bien su crítica es en relación al delito de quiebra, es también perfectamente aplicable al alzamiento de bienes y en general a todas las formas de insolvencia punible. Para él, no está claro por qué, por sí sólo, la lesión del interés de los acreedores a la satisfacción de sus pretensiones patrimoniales debe constituir el injusto del delito de quiebra³⁴. En su opinión, afirmar que el derecho de crédito o derecho a la satisfacción del acreedor constituye el bien jurídico protegido, «vendría a significar, lo que sería absurdo, que el hecho de

³² LANDROVE DÍAZ, *Las quiebras punibles*, 1979, p. 146 y ss.

³³ Cfr. LANDROVE DÍAZ, *Las quiebras punibles*, 1979, p. 145 y 146.

³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, *ADPCP*, 1990, p. 21

contraer deudas sería ilícito»³⁵. Opina que no es posible encontrar el bien jurídico sobre la base de una perspectiva patrimonialista, pues tal perspectiva patrimonial no contiene un elemento suficiente para configurar un injusto de los hechos constitutivos de quiebra. Lo contrario, señala el citado autor, «lleva necesariamente a la antigua prisión por deudas»³⁶.

Más recientemente CABALLERO BRUN critica que de la distinción de la que parten autores de la corriente patrimonialista entre deuda y responsabilidad del deudor (*Schuld/Haftung*)³⁷, «se pueda derivar la suficiente autonomía material como para justificar la necesidad de la sanción penal...»³⁸. Este autor observa una fragilidad en la pretensión de justificación de la intervención jurídico-penal en la vulneración de la garantía patrimonial que contiene el art. 1911 del CC (como poder del acreedor de intervención en el patrimonio del deudor), pues tal garantía, en su opinión, no está únicamente referida a la efectiva presencia de bienes³⁹. Seguramente CABALLERO BRUN realiza esta referencia, debido a que la responsabilidad por la vulneración de tal garantía patrimonial recae en todos los bienes, ya sean presentes o *futuros* del deudor⁴⁰. En tal sentido, sostiene ese autor, la inexistencia de bienes en un momento determinado no hacen desaparecer la garantía universal ni el poder que tiene el acreedor frente a su deudor en virtud de lo establecido por el art.

³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *ADPCP*, 1990, p. 19.

³⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *ADPCP*, 1990, p. 22.

³⁷ Véase al respecto MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 67.

³⁸ CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, pp. 80 y ss.

³⁹ Véase CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, pp. 80 y ss.

⁴⁰ Véase artículo 1911 del Código Civil.

1911 del CC⁴¹. Hasta donde veo, la crítica que plantea este último autor es que el derecho a la satisfacción del acreedor que sostiene la corriente patrimonialista, perdura aunque en un momento determinado de la vigente relación acreedor-deudor no existan bienes en el patrimonio de este último donde pueda satisfacerse el acreedor. De ahí, que para CABALLERO BRUN, la perspectiva patrimonial del bien jurídico basada en el derecho a la satisfacción del crédito, no tenga la entidad material suficiente para constituirse en el bien jurídico protegido en los tipos de delito de insolvencia.

Otra crítica susceptible de realizar a la tesis patrimonialista pura, parte de la afirmación de la tesis patrimonialista de que en el alzamiento de bienes se da una doble vertiente de «lucro propio y detrimento ajeno»⁴². Lo que representa esta afirmación o principio en la tesis patrimonialista es por lo demás bastante cuestionable. Es criticable por cuanto resulta perfectamente posible que se realice un alzamiento de bienes en el cual el deudor que lleva a cabo el acto de ocultación no obtenga beneficio alguno, no existiendo ningún lucro propio del autor de la defraudación. Basta con recurrir a los casos en que se produce la insolvencia por medio de la destrucción de bienes. Allí, el autor del hecho no obtiene lucro ni beneficio alguno. Sólo puede afirmarse un detrimento ajeno, pero difícilmente podrá sostenerse la existencia del «lucro propio» en el agente que lleva a cabo la destrucción de bienes que le provoca la insolvencia. LANDROVE DÍAZ afirmaba sobre los tipos de insolvencia que el lucro propio puede no producirse en determinadas ocasiones, pero que aun así siempre nace el perjuicio del acreedor que no se satisface en sus legítimas

⁴¹ Véase CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 81.

⁴² MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 64.

expectativas de cobro⁴³. Lleva razón este último autor al respecto, pues piénsese también en otro ejemplo como es el caso de un deudor que realiza una despatrimonialización de todos sus bienes traspasándolos a familiares y amigos sin exigirles la contraprestación económica (el dinero de la compra de dichos bienes), sino que actúa con el único afán de quedar en estado de insolvencia frente a sus acreedores. En tales casos no existe tampoco lucro propio del deudor, pues él ni siquiera ha recibido la contraprestación del inmueble que ha traspasado a nombre de terceros. Sin embargo, sí concurre un perjuicio al acreedor que ve cómo se ven defraudadas sus expectativas de cobro.

En relación a este último punto, cabe resaltar en estas situaciones aquel aspecto eminentemente normativo que concurre en el delito de alzamiento de bienes. Me refiero a aquel aspecto comunicativo del delito, pues por medio de actos de disposición patrimonial lo que se produce es una defraudación de aquella expectativa normativa de cobro o satisfacción que posee el acreedor en virtud del art. 1911 del CC. El fundamento del injusto de los tipos de insolvencia no va referido a la sanción por un enriquecimiento del deudor. Por el contrario, es correcto señalar que este delito se presenta más bien como el refuerzo sancionatorio de la garantía patrimonial universal que pasa sobre el deudor independientemente del destino que tengan los bienes que constituyen su patrimonio.

III. LA TESIS PATRIMONIALISTA MIXTA

Últimamente un sector de la doctrina viene considerando que, junto al bien jurídico individual constituido por el derecho de crédito del acreedor, los tipos de insolvencia también otorgan protección a un bien jurídico

⁴³ LANDROVE DÍAZ, *Las quiebras punibles*, 1970, p. 146.

acompañante. Se trata de aquellos autores que consideran que, junto al derecho de crédito como bien jurídico patrimonial individual del acreedor, *también* existiría un bien jurídico supraindividual o colectivo constituido por aquel aspecto denominado «el sistema económico crediticio» o referido a «la confianza en el buen funcionamiento del sistema de crédito» o en general, como sostienen algunos autores, al aspecto relativo a ciertos «intereses transversales de la economía moderna»⁴⁴. En Alemania, esta postura puede observarse en autores como TIEDEMANN, EISELE, SONNE y DANNECKER/HAGEMEIER. De hecho, el primero de ellos viene sosteniendo ya desde hace más de dos décadas que los tipos de insolvencia aparte de proteger la pretensión jurídica de satisfacción del acreedor (el derecho de crédito), protegen también el buen funcionamiento de la economía crediticia⁴⁵.

Sin embargo, este bien jurídico supraindividual no está del todo bien definido en sus distintos perfiles. En ocasiones, se ha identificado con la «capacidad de funcionamiento de la economía crediticia como parte del sistema económico general»⁴⁶. Para otros autores se trata de la confianza y fiabilidad de la llamada economía crediticia⁴⁷. Con la afirmación de que también se protege un bien supraindividual, se busca por algunos autores que a través de los delitos de insolvencia se prevenga el peligro para intereses generales de la moderna economía, pues sostienen que a través de estos delitos se produce un efecto supraindividual negativo en ella⁴⁸.

⁴⁴ DANNECKER/KNIERIM/HAGEMEIER, *Insolvenzstrafrecht*, 2ª ed., 2012, p. 26.

⁴⁵ TIEDEMANN, *Konkurs-Strafrecht*, 1985, p. 24.

⁴⁶ EISELE, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. II, 2009, p. 320.

⁴⁷ SONNEN, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2005, p. 149.

⁴⁸ DANNECKER/HAGEMEIER, *Insolvenzstrafrecht*, 2ª ed., 2012, p. 26.

No obstante, sostener que los tipos de insolvencia contienen dentro de su objeto de protección este referente supraindividual, no permite calificar a este conjunto de autores como puramente supraindividualista. Tal situación queda bastante clara en mi opinión en la postura del principal impulsor de esta tesis mixta de protección jurídico-penal que es Klaus TIEDEMANN. Este autor señala respecto al § 283 del StGB (parágrafo que contiene los tipos de insolvencia) que «*en primer lugar* protege los intereses de los acreedores en la completa satisfacción de su pretensión jurídica (derecho de crédito), pero que *finalmente* tales delitos también protegen el funcionamiento de la economía crediticia como un sistema de pago anticipado de bienes y servicios»⁴⁹. Por el contrario, algunos autores han ubicado a TIEDEMANN como defensor de una tesis únicamente supraindividual del bien jurídico penal⁵⁰. Tal opinión es discutible, pues hasta donde alcanzo a ver el citado autor postula una tesis ecléctica respecto al objeto de protección de las insolvencias punibles, referida tanto a los intereses patrimoniales del acreedor como a un aspecto supraindividual formado por el sistema económico crediticio.

En el anterior sentido y ligeramente similar a la postura dual que sostiene TIEDEMANN en Alemania, en la doctrina española se han pronunciado algunos autores que manifiestan una cierta apertura a la inclusión de este aspecto supraindividual en los delitos de insolvencia. Este planteamiento mixto se puede observar sutilmente en las afirmaciones de autores como HUERTA TOCILDO. Esta autora ha señalado que «si bien no puede descartarse que a través de tales conductas (referidas a las insolvencias

⁴⁹ Cfr. TIEDEMANN, *Manual de derecho penal económico*, 2010, p. 405; EL MISMO, *LK*, 12ª ed., 2009, «Vor §283», nm. 58; EL MISMO, *Insolvenzstrafrecht*, 2ª ed., 1996, pp. 30 y 31; EL MISMO, *Konkurs-Strafrecht*, 1985, p. 25.

⁵⁰ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, pp. 88 y ss.

punibles) se afecte a intereses de carácter supraindividual, lo cierto es que las mismas atacan siempre, directamente y en primer término, a un titular individual, el acreedor, cuyo derecho de crédito se ve defraudado por la auto provocada falta de solvencia del deudor; no siendo, en cambio, consustancial a las mismas la afectación, siquiera mediata o indirecta, del sistema crediticio considerado en su conjunto»⁵¹.

Continúa esta autora afirmando que «la supuesta naturaleza «mixta» -esto es: patrimonial y socio económica a la vez- de las insolvencias punibles no podría, por consiguiente, *afirmarse con carácter general sino únicamente caso por caso* en la medida en que, además del daño al patrimonio del acreedor individualmente considerado, se comprobase que efectivamente se ha producido *una lesión o puesta en peligro* del orden socioeconómico entendido en sentido amplio; cosa que, como ha quedado dicho, no siempre sucede»⁵². De esto parecer derivarse, aunque débilmente, la *posibilidad* de que en un caso determinado pudiera afirmarse que efectivamente existe una afectación supraindividual, ya que basta (bajo el argumento de HUERTA TOCILDO), *que se compruebe que se ha producido una lesión o puesta en peligro del orden socioeconómico*.

También puede apreciarse un componente supraindividual del bien jurídico en la postura de BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, en particular, si observamos lo que sostienen estos autores respecto del delito de concurso de acreedores. Si bien para ellos en el tipo de alzamiento de bienes el único bien jurídico protegido es el patrimonio individual del acreedor, en el delito concursal las cosas cambian y el aspecto meramente

⁵¹ Véase HUERTA TOCILDO, en CEREZO *et al* (eds.), *El nuevo código penal: presupuesto y fundamentos*, 1999, p. 794. El destacado es mío.

⁵² HUERTA TOCILDO, en CEREZO *et al* (eds.), *El nuevo código penal: presupuesto y fundamentos*, 1999, p. 794. La cursiva es mía.

individual del patrimonio del acreedor deja de tener exclusividad como bien protegido. En concreto, estos autores afirman que «no se puede poner en duda que, de un lado, la situación de insolvencia en la moderna economía provoca consecuencias en cadena y, por tanto, con el castigo del concurso de protege el orden económico»⁵³. Ello se ve ratificado por el concepto de delito económico en sentido amplio que manejan estos autores. Señalan al respecto que el *delito económico en sentido amplio es aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*⁵⁴. Estos autores incluyen dentro de esta definición aquellas infracciones que, lesionando intereses individuales como la propiedad privada o el derecho de crédito, afectan gravemente al orden económico. Entre tales delitos, sostienen BAJO/BACIGALUPO, podrían incluirse todos los delitos de insolvencia⁵⁵.

El otro destacado autor al que debe hacerse obligada referencia en esta discusión del bien jurídico en los tipos de insolvencia es MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. Este autor se adhiere en un principio a la tesis patrimonialista individual del bien jurídico que constituye la concepción dominante en doctrina⁵⁶. Sin embargo, al momento de profundizar o analizar en detalle las conductas de alzamiento matiza en cierta medida la tesis puramente patrimonial. Al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ ha señalado que, si bien el único bien jurídico directamente protegido es el

⁵³ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 446.

⁵⁴ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 14.

⁵⁵ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 14.

⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 52.

representado por el derecho de crédito, también puede hablarse desde la óptica del bien jurídico mediato de «*que el legislador persigue tutelar mediatamente o indirectamente la economía crediticia como pieza fundamental del sistema socioeconómico*»⁵⁷. Sin embargo, cabe precisar que efectivamente este autor da por válida tal afirmación «en la medida en que con ella se esté aludiendo meramente al bien mediato o *ratio legis*, sin repercusión, por ende, en la delimitación concreta del tipo de injusto»⁵⁸. Ahora bien, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en consideración al apartado 2 del art. 257, viene a señalar que en aquellos casos en que se trate de una relación crediticia en que el acreedor sea una persona jurídica pública y se trate de una obligación de Derecho público, «hay que reconocer que el delito de alzamiento de bienes puede hallarse dirigido a proteger un bien colectivo»⁵⁹.

Por su parte SOUTO GARCÍA, en su monografía sobre los delitos de alzamiento de bienes, parte de la base de que las insolvencias punibles corresponden a un delito socio económico en sentido amplio o impropio, esto es, que se identifica un bien jurídico protegido en sentido técnico (el derecho de crédito del acreedor), permaneciendo el orden socioeconómico como el referente mediato⁶⁰. Esta autora señala que el bien inmediato en el alzamiento de bienes sigue siendo el patrimonio individual representado por el derecho de crédito de los acreedores, siendo este bien jurídico el

⁵⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 47. La cursiva es mía.

⁵⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 47.

⁵⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, pp. 54.

⁶⁰ Cfr. SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 76.

que se debe lesionar o poner en peligro para configurar el delito y al cual debe ir referido el dolo del autor. No obstante, identifica como bien mediato al «sistema crediticio» o, más ampliamente, al «orden socioeconómico». En su opinión tal bien mediato no está dotado de relevancia para la interpretación del tipo penal. Y la única relevancia de este bien mediato es en sede político criminal y como justificación de la creación y existencia de los tipos penales de insolvencia punible⁶¹. SOUTO GARCÍA recurre a la categoría de los llamados bienes jurídicos intermedios o mediatizados (también denominados espiritualizados) para clasificar ahí a los delitos de insolvencia. Esta tesis de los bienes jurídicos intermedios, formulada en Alemania por TIEDEMANN y seguida en España entre otros por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, se presenta como una forma de establecer una relación entre dos bienes jurídicos, uno de naturaleza individual y otro supraindividual, dentro de una misma categoría de infracción penal.

En el sentido de lo anterior, para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ el concepto o noción de bien jurídico mediato está vinculado al concepto de «*ratio legis*» o de «finalidad objetiva de la norma» y expresa las razones o motivos que conducen al legislador a penal a criminalizar un determinado comportamiento⁶². Si bien este autor pone de manifiesto que «el intérprete no tiene por qué acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien (mediato)», señala igualmente a continuación que «este (el bien jurídico mediato), siempre puede servir como criterio auxiliar en la interpretación teleológica del bien jurídico

⁶¹ Cfr. SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 76.

⁶² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2ª ed., 2007, p. 159.

directamente protegido»⁶³. Añade este autor la existencia de diversas funciones del concepto de bien jurídico mediato. Una de ellas, sería la «función en el plano de la denominada *lesividad abstracta*, la cual estaría referida, en su opinión a la legitimidad de la intervención penal», y otra la «función sistemática referente a la clasificación y a la sistematización de los grupos de delitos»⁶⁴. Ahora bien, la relevancia de este concepto de bien jurídico mediato se deriva, en opinión de este autor, de que en determinados delitos socioeconómicos que presentan un bien jurídico de referente patrimonial individual, tiene cabida una proyección mediata sobre el orden económico. La cosa parece quedar más clara cuando para el propio MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, el bien jurídico mediato será siempre supraindividual⁶⁵.

Respecto a los dos últimos autores señalados, esto es, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ y SOUTO GARCÍA, cabe señalar que ambos se inclinan por entender principalmente el bien jurídico como el derecho de crédito del acreedor. Por tanto, como un aspecto patrimonial individual. Sin embargo, también es cierto que en una determinada medida están abiertos a consideraciones de índole supraindividual referidas al orden socioeconómico. Ya sea como una tutela indirecta, o como un bien jurídico mediato.

También en esta línea mixta, aunque con una postura más categórica respecto al aspecto supraindividual, se sitúa la propuesta formulada por NIETO MARTÍN. Este autor sostiene directamente que el delito de quiebra

⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2ª ed., 2007, pp. 160 y s.

⁶⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2ª ed., 2007, pp. 162 y 163.

⁶⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2ª ed., 2007, p. 164.

(actual delito concursal del art. 260) es un delito pluriofensivo⁶⁶. En su opinión, junto a la protección del derecho de crédito, se encuentra también protegido el crédito como institución. Este elemento, el “crédito”, es aquel que constituye el aspecto supraindividual de la protección que brinda el delito concursal. Para NIETO MARTÍN, «el sistema crediticio es una unidad funcional indispensable para hacer realidad varios objetivos constitucionales, por lo que resulta legítima su tutela penal»⁶⁷. Así, en su postura, el aspecto colectivo del bien jurídico se encuentra en el crédito entendido como institución fundamental, pues «incrementa notablemente las posibilidades de participación de los individuos en la actividad empresarial»⁶⁸. NIETO MARTÍN propone de *lege ferenda*, distinguir entre tipos penales de insolvencia para particulares-comerciantes individuales y tipos penales destinados a la aplicación en las sociedades mercantiles. Se puede observar en el planteamiento de este autor que el aspecto supraindividual sólo tendría cabida en estos últimos, en delitos dirigidos a sociedades mercantiles, donde el tipo de concurso, brindaría una protección supraindividual del sistema de crédito⁶⁹. En virtud de esto último propone la idea de que debe excluirse como sujetos activos del delito de quiebra a los operadores económicos modestos⁷⁰.

También autores como POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS son partidarios de esta tesis mixta de protección jurídico-penal de los delitos de insolvencia. Señalan estos autores que los genéricamente denominados delitos de insolvencia punible «son tipos pluriofensivos, que atentan, de

⁶⁶ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 48.

⁶⁷ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 45.

⁶⁸ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 45.

⁶⁹ Cfr. NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 48.

⁷⁰ Cfr. NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 46.

un lado, a un bien jurídico de índole eminentemente patrimonial, cual es el derecho de crédito, y, de otro lado, afectan al orden socioeconómico»⁷¹. Para estos autores no existen diferencias materiales entre el alzamiento de bienes y el delito concursal a través de las cuales se pudiera apreciar un bien jurídico distinto para cada delito. Por tal razón rechazan las tesis que diferencian entre una protección individual para el alzamiento de bienes y otra supraindividual para el delito concursal. En su opinión, tanto el alzamiento de bienes como el delito concursal, desde la perspectiva de la regulación material de ambas figuras delictivas así como de la sistemática positiva del Código penal, presentan una doble faceta de tutela o protección: una perspectiva individual, cifrada en el derecho de crédito de los acreedores particulares, y una perspectiva colectiva, general o supraindividual, que corresponde con el sistema crediticio general⁷².

Destaca también dentro de esta posición mixta de protección la opinión del autor italiano ANTOLISEI. Este autor afirma que la ley protege ante todo los intereses patrimoniales de los acreedores y que los actos que consisten en una disminución efectiva o ficticia del patrimonio ciertamente lesionan o, por lo menos, ponen en peligro el interés de la conservación de la garantía patrimonial⁷³. Sin embargo, considera estrecha la visión de apreciar en los intereses patrimoniales de los acreedores el único bien jurídico a proteger. Así, en consideración a las

⁷¹ POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, «Injusto penal e ilícito mercantil en las insolvencias a la luz de la nueva ley concursal: ¿autonomía o subordinación del derecho penal?», *Estudios sobre la ley concursal, L-H a Manuel Olivencia*, 2005, p. 5023.

⁷² Cfr. TIEDEMANN, *Konkurs-Strafrecht*, 1985, p. 25; POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, en *Estudios sobre la ley concursal, L-H a Manuel Olivencia*, t. V., 2005, pp. 5043 y 5044.

⁷³ ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades*, 2ª ed., 1975, pp. 23 y 24.

graves consecuencias que produce el fenómeno de la bancarrota en la economía de un país por afectar, en opinión de este autor, al crédito público, señala que existe un interés *social* demasiado importante para que no se tenga en cuenta. En base a este último, ANTOLISEI plantea que junto a los intereses de los acreedores es el interés de la economía pública el bien jurídico también protegido en las normas relativas a la bancarrota, ya que se trata de un delito *pluriofensivo*⁷⁴.

Debe destacarse que alguna jurisprudencia del TS se ha adherido a esta tesis mixta del bien jurídico. En general puede observarse que en estos casos los Tribunales sostienen que junto a la protección del patrimonio individual del acreedor, es *también* objeto de tutela un aspecto que corresponde al buen funcionamiento del sistema crediticio. En este sentido se pronuncia por ejemplo la STS 19/09/2003 que señala que el bien jurídico en las insolvencias «*lo constituye el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos* (en cuanto el deudor debe responder del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros, artículo 1911 Código Civil), *sin perjuicio del interés general del buen funcionamiento del sistema económico crediticio*»⁷⁵. En la misma línea se pronuncia la STS 27/11/2001 que sostiene que el delito de alzamiento de bienes constituye un tipo *pluriofensivo*, que tutela de un lado el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevenida en el artículo 1911 del Código Civil, «*y de otro el*

⁷⁴ ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades*, 2ª ed., 1975, pp. 24 y ss.

⁷⁵ Véase el FD 2º de la STS núm. 1203/2003 de 19 de septiembre (RJ 2003\6853).

interés colectivo del buen funcionamiento del sistema económico crediticio»⁷⁶.

1. Críticas a la tesis patrimonialista mixta

En mi opinión, el aspecto de la postura anterior al cual se pueden dirigir las críticas es aquel relacionado con el aspecto supraindividual como posible elemento que integraría también el bien jurídico penalmente protegido por los delitos de insolvencia. Para comprender con detalle las críticas realizadas, es necesario traer de vuelta aquí un aspecto relevante para elaborar un discurso crítico con el elemento supraindividual. Así, como se acaba de observar en el anterior epígrafe, se señala por los partidarios que incluyen el aspecto supraindividual que la afectación al buen funcionamiento o a la capacidad del sistema económico crediticio disminuye la confianza en la funcionalidad del sistema. Por ello, los tipos de insolvencia protegerían también ese referente colectivo. Sin embargo, lo primero que se debería decir al respecto es que *toda lesión de una norma disminuye la confianza en ella*. Acertadamente ha señalado al respecto KINDHÄUSER que tal situación, esto es, la lesión de una norma, no puede dar lugar a confundir la confianza en la norma con el bien jurídico que esta protege⁷⁷. De ahí que las normas penales que establecen los delitos de insolvencia sirvan en algún aspecto, como sucede en cualquier otro delito, a contribuir desde la perspectiva de la prevención general positiva. De acuerdo con ello, me parece correcto el planteamiento de PÜSCHEL para quien incluso en las crisis financieras el

⁷⁶ Véase FD 1º de la STS núm. 2212/2001 de 27 de noviembre (RJ 2002\72).

⁷⁷ KINDHÄUSER, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO *et al*, *Hacia un derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 447 (nota al pie 16).

daño producido con la insolvencia constituye de nuevo un daño a los acreedores y no a un impreciso meta-bien jurídico supraindividual⁷⁸.

En el intento de justificar una vertiente supraindividual del bien jurídico, quizás se deba partir por establecer unos conceptos previos para evitar una posible confusión. Al respecto, comparto la interesante reflexión que realiza FEIJOO SÁNCHEZ. Este autor, criticando a los partidarios del bien colectivo concluye que mediante la referencia a la denominada «economía crediticia», lo que se hace en realidad «es convertir en un bien jurídico específico del delito concursal algo que representa una función general del Derecho penal y del sistema jurídico general como es la estabilización de la confianza en la vigencia de las normas»⁷⁹.

Efectivamente, una infracción normativa es una desautorización de la norma que da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación⁸⁰. De ello deriva la afirmación de que el injusto penal es siempre una perturbación social que supera el mero conflicto entre autor y víctima, pero ello no significa, en palabras de FEIJOO SÁNCHEZ, que «se tenga que convertir todo injusto penal en un delito que proteja bienes jurídicos colectivos o supraindividuales»⁸¹. De lo contrario, se confunde el fin preventivo general de todas las normas penales con el fin específico de una norma penal⁸². En el mismo sentido, me parece acertado lo que sostienen al respecto HELLMANN y BECKEMPER, cuando afirman que en la referencia al sistema económico crediticio «no se trataría de otra cosa que de un

⁷⁸ PÜSCHEL, *FS für Rissin-van Saan*, 2011, p. 477.

⁷⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *ADCo*, 2009, p. 41.

⁸⁰ Véase JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 13.

⁸¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *ADCo*, 2009, p. 46.

⁸² FEIJOO SÁNCHEZ, *ADCo*, 2009, p. 41.

mero reflejo de protección»⁸³. De acuerdo con esto, debe diferenciarse entre este reflejo de protección de aquello que es efectivamente el bien jurídico protegido. De lo contrario, se puede acabar haciendo de los *efectos sociales* del comportamiento prohibido un bien jurídico en sentido técnico.

Todavía más certera resulta la crítica que lanza KINDHÄUSER a las posiciones supraindividuales cuando sostiene que «la funcionalidad del sistema del crédito pertenece tan poco a las condiciones jurídicamente garantizadas de libre desarrollo del individuo, como la funcionalidad de la fabricación de automóviles o la del mercado inmobiliario»⁸⁴. También autores como MUÑOZ CONDE, en la misma lógica argumentativa, se ha sumado a las críticas contra la postura supraindividual señalando acertadamente que los efectos colaterales negativos no pueden ser objetos directos de protección por el Derecho penal. Para este autor, igual que un aumento de los delitos contra la vida produce una sensación de inseguridad ciudadana, también las insolvencias producen gran alarma en el mundo financiero y con ello, un grave daño a la economía en su conjunto; pero no por eso se puede decir que el bien jurídico protegido en el homicidio sea la seguridad ciudadana o la eficacia de los sistemas policiales, ni tampoco *mutatis mutandis* «que el bien jurídico protegido en las insolvencias punibles sea el sistema crediticio en su conjunto o toda la economía de un país»⁸⁵. Cabe destacar, también a modo de crítica, y en contra de las posibles «interesantes posibilidades hermenéuticas que daría

⁸³ HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2010, nm. 251.

⁸⁴ KINDHÄUSER, en ARROYO ZAPATERO *et al*, *Hacia un derecho penal económico europeo: Jornadas en honoro del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 446.

⁸⁵ Véase MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 59 y 60.

la comprensión supraindividual del bien jurídico»⁸⁶ (posibilidades que tampoco se han desarrollado por los partidarios de esta noción), que otro sector de la doctrina ha destacado, por cierto, que otorgar importancia desde el bien jurídico al sistema económico crediticio tiene una relevancia práctica escasa⁸⁷.

Si se afirmara la existencia de un aspecto colectivo en el bien jurídico, habría que diferenciar desde la estructura de los tipos penales dos clases distintas de insolvencia punible. La primera sería una insolvencia que no produciría afectación macro social o colectiva, como sería el caso del alzamiento de bienes o del delito concursal de una pequeña sociedad constituida por el grupo familiar más básico o de un deudor individual con poco patrimonio; y la segunda clase de insolvencia sería aquella de grandes dimensiones con efectiva afectación al sistema económico crediticio. Sin embargo, en el marco de la actual configuración normativa de la insolvencia tal distinción no es posible. Es más, cuando se plantea que el alzamiento de bienes puede hallarse dirigido a proteger un bien colectivo en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, es perfectamente posible que en concreto no se afecte en absoluto al sistema económico crediticio. Podrá quizás afectarse al patrimonio de la persona jurídica pública, pero ello no implica como necesaria consecuencia que todo el sistema económico sufra un menoscabo o un peligro.

Por ello, por más que haga referencia a una protección del crédito público cuando se trate de una deuda tributaria que el deudor no paga a la Hacienda Pública y que, en fase de liquidación, oculta sus bienes para

⁸⁶ Véase NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 48.

⁸⁷ RINJES, «Insolvenzstrafrecht», en MOMSSEN/GRÜTZNER (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2013, nm. 15.

presentarse insolvente ante la Administración tributaria, difícilmente habrá una afectación al sistema crediticio. Ello, claro está, siempre que no se dé el “hipotético” caso que, todos los deudores puestos de acuerdo, oculten su patrimonio para no pagar sus deudas tributarias.

En definitiva, que la afectación de aquello que se denomina sistema económico sea posible, no puede dar lugar a asegurar que la protección penal del alzamiento de bienes posee un aspecto supraindividual.

Por lo demás, con la configuración de los tipos de insolvencia no hay forma de explicar esta dicotomía para sostener la existencia de una protección del sistema crediticio en unos casos sí y en otros no. Proponer tal distinción simplemente a modo de *lege ferenda* tampoco sería la solución; ni siquiera aunque tal propuesta se viera reflejada finalmente en el Código penal. Ello, debido a que la referencia a la denominada «economía crediticia» o a la «capacidad de funcionamiento de la economía crediticia» seguiría constituyendo un concepto indeterminado, de una concretización apenas accesible y poco útil para una interpretación o comprensión de la norma⁸⁸.

Por otra parte, la configuración de las insolvencias punibles como delitos con un bien jurídico mediatizado o intermedio tampoco es del todo clara. Cuando se señala que «a pesar de la coexistencia de dos intereses jurídicamente protegidos, sólo el bien jurídico inmediato debe ser lesionado o puesto en peligro para apreciar la consumación del tipo»⁸⁹, no queda clara la función dogmática del bien mediato. La pregunta que surge al respecto se refiere a este último punto: Exactamente ¿qué función

⁸⁸ En este sentido DOHMEN/SINN, «Das Rechtsgut der Insolvenzdelikte (§§283 ff. StGB) im Kontext von Straf- und Zivilrecht», *KTS*, 2003, pp. 217 y 218.

⁸⁹ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 70.

material cumple ese «otro» interés protegido? Si no hace falta ponerlo en peligro ni lesionarlo, entonces no se observa qué sentido tiene para el intérprete afirmar su existencia. A lo sumo, se podría desde una perspectiva político criminal, aceptar la existencia de una función de *lesividad abstracta* entendida como criterio de legitimidad de la intervención penal⁹⁰. Sin embargo, la protección del patrimonio individual del acreedor posee ya bastante fuerza y está dotada de suficiente contenido material para justificar la intervención del Derecho penal frente a insolvencias fraudulentas. No hace falta, por lo tanto, una referencia de corte supraindividual para justificar la intervención punitiva.

Por último, se propone por algunos autores que el bien jurídico mediato cumpla una función de «criterio en la medición o determinación de la pena»⁹¹. A esto se puede responder señalando que el propio Código penal toma como criterio de agravación de la pena al menos tres elementos netamente individuales: la entidad del perjuicio y la situación en que se deje a la víctima o a su familia⁹², así como el hecho de que el valor de lo defraudado supere la cantidad de cincuenta mil euros⁹³. Esto refleja que el criterio de agravación de la pena en estos casos radica en factores eminentemente personales y referidos exclusivamente a la víctima-acreedor individualmente considerada. Por el contrario, no se encuentra referencia alguna, como posible criterio de agravación de la pena, a la afectación del sistema económico crediticio.

⁹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2ª ed., 2007, pp. 162 y 163.

⁹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2ª ed., 2007, p. 163.

⁹² Art. 250.1.4 en virtud de la remisión del art. 257.4 del CP

⁹³ Art. 250.1.5 en virtud de la remisión del art. 257.4 del CP

En principio, podría sostenerse que dentro de las reglas generales de determinación de la pena del art. 66.6ª podría incluirse la dimensión supraindividual en el criterio de la «gravedad del hecho». Sin embargo, que el criterio por el cual se imponga la pena en el marco superior por una mayor gravedad de las consecuencias del hecho típico no significa que ese criterio se transforme en un bien jurídico. Si el autor de un delito de homicidio deja a causa de la muerte a una familia de siete hijos sin padre, podría decirse que el bien jurídico mediato es la institución «familia», pues es evidente que ella se ve más afectada en este caso que en aquella situación en que la víctima no hubiese tenido hijos. No obstante, parece difícil afirmar que la institución «familia» constituye el bien jurídico mediato del delito de homicidio.

Como aquí se entiende, la gravedad del hecho es un criterio de determinación de la pena que alude al desvalor de acción y al desvalor de resultado⁹⁴, y que integra la función de prevención⁹⁵, pero me parece que llamarse a ese criterio «bien jurídico» por más que sea con el atributo de «mediato» puede dar lugar a ciertas confusiones conceptuales.

Finalmente, un último argumento que se puede observar en ocasiones es aquel referido al Derecho positivo (art. 257.2) que señala “*Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada*”. Según esto, podría afirmarse que en el alzamiento de bienes se está protegiendo no sólo el crédito en las

⁹⁴ GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 2004, p. 252.

⁹⁵ MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª ed., 2003, p. 86.

relaciones entre privados, sino también el crédito público donde hay afectación del patrimonio público. Ello ya que la referencia es clara al señalar que el acreedor puede ser un particular o *cualquiera persona jurídica, pública o privada*. Sin embargo, detrás de esta idea tampoco parecen observarse argumentos convincentes suficientes, para afirmar que de ello es posible extraer la conclusión de que al afectar a un acreedor persona jurídica pública, se esté afectando al sistema económico crediticio. La afectación de los derechos de una persona jurídica pública *no significa afectación del sistema crediticio*, sino una afectación de carácter singular a una entidad con personalidad jurídica de Derecho público que actúa como un acreedor más en una relación jurídica entre dos o más partes.

IV. LAS TESIS SUPRAINDIVIDUALES

Las posturas denominadas supraindividuales o metapatrimonialistas tienen en común el hecho de postular que el bien jurídico en los delitos de insolvencia está constituido *únicamente* por un aspecto supraindividual o colectivo. Descartan que con estos delitos se proteja el patrimonio individual del acreedor. Al respecto, existen tres vertientes supraindividuales en que cada una postula un bien jurídico distinto. Así, algunos autores defienden al sistema económico crediticio como objeto de protección; otros postulan que lo es la llamada «confianza o fe pública en el tráfico jurídico»; y finalmente hay quienes señalan que son la administración de justicia en general o el proceso de ejecución en particular los bienes jurídicos tutelados.

1. El sistema económico crediticio

Esta tesis ha sido defendida por autores como BUSTOS RAMÍREZ y QUERALT JIMÉNEZ⁹⁶. El primero de ellos ha postulado que el bien jurídico tanto en el delito de quiebra como en el alzamiento de bienes «es el sistema económico crediticio» pues ambos «están dirigidos a la protección del sistema económico crediticio y financiero y no del patrimonio del acreedor»⁹⁷. BUSTOS RAMÍREZ señala que el elemento en el cual se encuentra el fundamento de la punición de las insolvencias es el sistema económico basado en el crédito. Para este autor, con base en argumentos históricos, cabe decir que con estos delitos «se ataca la institución del crédito sobre la cual se fundamentaba todo el sistema»⁹⁸. Dicha premisa histórica la mantiene para la actual configuración de los tipos penales de insolvencia, pues en su opinión en éstos, «en modo alguno lo protegido es el patrimonio del acreedor o de todos los acreedores presentes o futuros. Debido a que el deudor tiene el derecho de disposición sobre sus bienes y sus actos sobre estos no pueden constituirse en delito»⁹⁹. Al respecto, este autor señala como argumento a favor de su postura que «no se puede configurar un tipo legal en relación a los actos que recaen sobre el propio patrimonio, debido a que el deudor tiene el derecho de disposición sobre sus bienes y sus actos sobre estos no pueden constituirse en delito»¹⁰⁰. Por

⁹⁶ Aun cuando Bustos Ramírez plantea sus tesis en referencia a los antiguos artículos 520 y 519 del anterior CP, la similitud con la actual redacción de los tipos es casi total. Además el planteamiento de este autor trasciende de la descripción legal de los tipos.

⁹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, *ADPCP*, 1990, p. 45.

⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, *ADPCP*, 1990, pp. 39 y 40.

⁹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, *ADPCP*, 1990, p. 44.

¹⁰⁰ BUSTOS RAMÍREZ, *ADPCP*, 1990, p. 44.

esta razón se debe, para el citado autor, entender como bien jurídico al sistema socioeconómico.

BUSTOS RAMÍREZ, coherente con su postura, ha señalado que el «objeto de protección del Derecho penal son los bienes jurídicos y no el derecho de un sujeto respecto de otro; por ello, jamás por ejemplo, un puro y simple derecho de crédito podrá constituir objeto de protección del Derecho penal...»¹⁰¹. En su opinión, «el derecho de crédito sólo puede constituir una base referencial para un bien jurídico, pues de otra manera no se podría explicar la necesidad de pena»¹⁰².

El otro autor que se adhiere a una tesis meta patrimonialista referida al sistema económico crediticio, es QUERALT JIMÉNEZ. Este autor observa que con la opinión dominante del bien jurídico referida al patrimonio individual del acreedor no queda suficientemente resaltada la dimensión colectiva de las insolvencias punibles, «especialmente en lo que afecta al funcionamiento del *sistema socio-económico*»¹⁰³. En opinión del citado autor, «más que el daño que pudiera generarse a persona o personas concretas, interesa más el quiebre de las relaciones económicas que estos delitos suponen»¹⁰⁴. Con base en una serie de consideraciones respecto a la importancia de la empresa en la economía y, por tanto, de las crisis empresariales, QUERALT JIMÉNEZ sostiene categóricamente que en las insolvencias punibles «el bien jurídico-penalmente protegido es la exigencia del sistema de crédito que se basa en la fluidez de las

¹⁰¹ BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, p. 194.

¹⁰² BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, p. 194.

¹⁰³ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal Español. Parte especial*, 6ª ed., 2010, p. 747.

¹⁰⁴ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal Español. Parte especial*, 6ª ed., 2010, p. 747

operaciones y en la confianza en el buen éxito de las mismas»¹⁰⁵. Para ratificar su postura, este autor acaba señalando que ante la insolvencia del deudor y el respectivo perjuicio que sufre el derecho de crédito, el Derecho penal nada puede reparar y que ni si quiera el propio Derecho privado puede hacerlo en la mayoría de las ocasiones. Por ello, en su opinión, la punición de estas conductas de insolvencia supone una demostración de la seriedad del sistema de cara a los demás miembros de la comunidad¹⁰⁶.

Críticas a la tesis del sistema económico crediticio

Las críticas que se pueden formular a la tesis del sistema económico crediticio como bien jurídico son las mismas que se formulan al aspecto supraindividual de la tesis patrimonialista mixta¹⁰⁷. Sólo cabe agregar, en contra de lo señalado en el párrafo anterior por QUERALT JIMÉNEZ, que tampoco en los casos de homicidio, puede hacer nada el Derecho penal para reparar a la víctima. Sin embargo, difícilmente podría defenderse un planteamiento que señale que en el delito de homicidio existe en realidad un bien jurídico supraindividual donde la función de la pena sea ratificar la “seriedad” de la vida frente a los demás miembros de la comunidad¹⁰⁸.

¹⁰⁵ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal Español. Parte especial*, 6ª ed., 2010, p. 748.

¹⁰⁶ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal Español. Parte especial*, 6ª ed., 2010, p. 748.

¹⁰⁷ Véase las páginas 46 y siguientes.

¹⁰⁸ Puede destacarse el planteamiento de Walter KARGL que señala que la dañosidad de las acciones homicidas radicaría en los efectos perjudiciales que éstas comportan para el futuro de los restantes miembros de la comunidad, véase KARLG, «Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho», *La insostenible situación del derecho penal*, 2000, pp. 54 y ss.

2. La fe pública o comercial

Puede leerse en sentencias como la STS 18/07/2006 respecto de un delito de concurso, que el bien jurídico se compone «*de un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras, en aras a la consecución de un desarrollo económico*»¹⁰⁹.

La tesis de la fe pública o comercial se refiere a que el bien jurídico en las insolvencias punibles es en concreto la confianza u honestidad en la contratación y en el ejercicio del comercio como instrumento de relaciones jurídicas entre los sujetos. Este término de fe pública es asimilado también a la *confianza*, a una seguridad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones.

Esta postura se encuentra presente en el pensamiento de autores como CARRARA. En su programa de Derecho criminal, este autor ubica a los delitos de bancarrota dentro de la categoría de los delitos contra la fe pública por las consecuencias que producen en el comercio. La importancia de la fe pública viene dada, según CARRARA, por la figura del comerciante como actor principal en la actividad económica, prosperidad pública y por el comercio como actividad pública¹¹⁰. Tal era la importancia que el autor italiano les otorgaba a los comerciantes y a la actividad que desarrollan, que llegó a sostener que «no hay perturbación del orden público cuando se efectúan estos engaños (en relación a la bancarrota dolosa) entre quienes no son comerciantes...»¹¹¹. Postulaba al

¹⁰⁹ STS núm. 771/2006 de 18 de julio (RJ 2006\6301). FD 6º. El subrayado es mío.

¹¹⁰ Véase CARRARA, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, (1898), 1989, p. 53 y 56.

¹¹¹ CARRARA, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, 1989, p. 55.

respecto que para los hechos de insolvencia cometidos por sujetos no dedicados al comercio era suficiente el recurso a las leyes civiles o en su caso a otros delitos como los relativos al fraude.

En su opinión, los comerciantes gozan de una confianza más o menos amplia por desarrollar una actividad social de gran importancia. En tal sentido, para CARRARA, la bancarrota se convierte por ello en un delito de índole social, ya que la confianza universal que ha sido traicionada no proviene de relaciones particulares entre dos individuos, sino de la posición de comerciante asumida ante todos los ciudadanos¹¹².

También otorga gran relevancia a la fe o confianza como objeto de protección la postura de PAGLIARO. Este autor sostiene que las insolvencias punibles (*insolvenza fraudolenta*) protegen junto a un aspecto patrimonial, la buena fe de la víctima, que es engañada por la simulación del estado de insolvencia¹¹³. En similar sentido, en la doctrina española, PACHECO se manifestaba a favor de la mayor penalidad del alzamiento de bienes contenido en el artículo 443 del CP de 1848 para los casos en que el autor fuera comerciante, ya que en su opinión el comercio vive de la buena fe, y los delitos que la destruyen son más graves entre los comerciantes que entre personas que no se dedican al comercio¹¹⁴.

Como puede observarse, los planteamientos de esta tesis están ligados a la relevancia de mantener una funcionalidad del tráfico comercial debido a la importante labor del comerciante y del tráfico jurídico-económico de bienes.

¹¹² CARRARA, *Programa de derecho Criminal. Parte especial*, (1898), 1989, p. 54 y ss.

¹¹³ Cfr. PAGLIARO, *Principi di Diritto penale*, 2003, p. 373.

¹¹⁴ Véase PACHECO, *El código penal concordado y comentado*, (1848), 2000, p. 1239.

Críticas a la tesis de la fe pública o comercial

Pese a todo, la doctrina ha criticado este planteamiento porque, aparte de ser excesivamente genérico, dificulta la identificación del bien jurídico y exagera el papel desempeñado en estos delitos por la fe pública y la seguridad del tráfico mercantil¹¹⁵. Efectivamente, estos intereses abstractos y genéricos generan para dificultad de determinar materialmente el momento de su lesión. Al igual que en el caso de la tesis de protección supraindividual de la economía crediticia, aquí no se podría tener la más mínima seguridad de en qué casos se afecta la fe pública y en cuáles no. ¿Puede una insolvencia económicamente leve afectar a la fe pública o confianza comercial? La respuesta es difícil de abordar con mediana exactitud. Al respecto es correcto afirmar que la fe pública no es suficiente para fundamentar el injusto de los delitos de insolvencia, pues los posibles ataques a la fe pública pueden reconducirse a los delitos de falsedades¹¹⁶. Por otra parte, la razón de la ubicación o caracterización de las insolvencias punibles como delitos contra la fe o confianza pública, se debe más bien a un argumento histórico que dogmático

Además, en el concepto de confianza que se empleaba antiguamente subyace una estructura bastante básica de relaciones socioeconómicas que proviene de un contexto histórico y económico-cultural muy distinto a la actual configuración normativa y económica de la sociedad. Dicho concepto estaba configurado por las relaciones entre personas físicas que resultaban, desde el punto de vista cuantitativo, igualmente beneficiadas al llevar a cabo una relación jurídica que daba nacimiento a unos derechos

¹¹⁵ Así MUÑOZ CONDE, en BAJO (dir.), *Empresa y derecho Penal (II)*, 1999, p. 222.

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, en BAJO (dir.), *Empresa y derecho Penal (II)*, 1999, p. 224.

de crédito. Es por ejemplo lo que sucedía con el incipiente comercio a finales de la edad media.

Por el contrario, los contactos sociales estereotipados y anónimos a través de los cuales se organiza la sociedad actual, muchas veces no dan cabida a un elemento de confianza personal o pública entre deudores y acreedores como el que manejaban autores como CARRARA o como el que sigue utilizando PAGLIARO. Hoy en día la confianza en el comercio no está dirigida a la unidad psicofísica de la que muchas veces no conocemos nada porque se trata de un tercero anónimo que contrata, sino que la confianza de quien otorga crédito está dirigida al cumplimiento de unos deberes por parte de ese otro con quien se contrata. La confianza no está dirigida a proteger el buen nombre o fama de una persona, sino que está dirigida por los ciudadanos al cumplimiento de la norma por parte de los distintos actores del tráfico. En otras palabras, a la confianza en la vigencia de la norma como pauta de comportamiento social que puede esperarse de ese otro con quien se interrelaciona en un contexto económico.

3. La Administración de Justicia

En relación a esta postura debe hacerse mención a la opinión de QUINTANO RIPOLLÉS. Este autor sostenía, con base en la anterior regulación del CP, que hay una diferencia importante entre el alzamiento de bienes y los demás delitos patrimoniales y que viene dada por las cuantías de defraudación. Así, entiende que la naturaleza del delito de alzamiento no es estrictamente patrimonial, sino que responde más bien a salvaguardar normas civiles y mercantiles, *de estructura procesal*,

*encaminadas al logro de la efectividad de los créditos*¹¹⁷. QUINTANO RIPOLLÉS afirma que dicho delito debería ubicarse entre los delitos contra la Administración de Justicia, pues se trata de una *evasión de bienes* que son materia de un proceso que se frustra, entorpeciendo la acción nacida de lícitas relaciones civiles, y el normal funcionamiento de las instituciones judiciales. Con base en lo anterior, concluye que el bien jurídico penal protegido es la *pretensión* derivada del crédito que ostentan los acreedores, un bien jurídico penal de *valor procesal*¹¹⁸.

Dentro de las posturas a favor de la administración de justicia como bien jurídico cabe incluir la tesis que recientemente ha propuesto CABALLERO BRUN cuando señala que el bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes «es el *proceso de ejecución* entendido como valor procesal ejecutivo»¹¹⁹. Para este autor, el injusto del delito de alzamiento de bienes radica en la imposibilidad de que se pueda llevar a cabo con éxito el *proceso de ejecución* debido a actuaciones imputables al potencial destinatario de dicho proceso (el deudor)¹²⁰. Afirma que el fundamento de ello puede derivarse del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que comprende el derecho a la ejecución como contenido necesario. Se trata, en su opinión, de otorgarle eficacia en el nivel empírico al derecho material y a las correspondientes expectativas que de él se derivan¹²¹. Este proceso de ejecución se sigue identificando con la Administración de

¹¹⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial de derecho penal*, 2º ed., t. III, 1978, p. 37. La cursiva es mía.

¹¹⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial de derecho penal*, 2º ed., t. III, 1978, p. 53.

¹¹⁹ CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 160.

¹²⁰ CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 192.

¹²¹ CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 161.

Justicia, pues como lo sostiene este último autor, el *proceso de ejecución* pertenece a su matriz normativa.

También en la jurisprudencia pueden encontrarse algunas resoluciones que siguen esta posición de índole procesal. Así, la STS de 24/01/1998 resalta la vertiente procesalista cuando afirma que “...*el delito de alzamiento de bienes no es un delito de insolvencia, sino de frustración de la ejecución de las obligaciones por parte del deudor y, a tales efectos, cuando en la jurisprudencia se hace referencia a insolvencia real o ficticia se quiere decir, en verdad, que ésta, como tal, es innecesaria para la configuración del delito*”¹²².

En el mismo sentido que la anterior, la STS 14/05/2003 ha venido a resaltar la dimensión procesal de las insolvencias, afirmando que «*el bien jurídico protegido es el mismo en todas las modalidades de insolvencia: la garantía de que goza toda acreedor de ejecutar y hacer efectivo su crédito de incumplimiento, contra el patrimonio del deudor, conforme al artículo 1911 del Código Civil. Es el derecho a no impedir u obstaculizar que tal ejecución logre plena efectividad lo que la ley penal trata de salvaguarda*»¹²³.

La tesis de la administración de justicia o del proceso ejecutivo como bien jurídico parece tomar cierta fuerza con las últimas modificaciones que llevó a cabo el legislador penal con la LO 5/2010 de 22 de junio. En esta modificación del CP, se tipificó el art. 257.1.2º que describe conductas de alzamiento de bienes consistentes en la obstaculización de procedimiento ejecutivos¹²⁴, así como el delito de favorecimiento ilícito de acreedores

¹²² STS núm. 33/1998 de 24 de enero (RJ 1998\89).

¹²³ STS núm. 690/2003 de 14 de mayo (RJ 2003\4410).

¹²⁴ Esta norma dispone que «quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida

del art. 259¹²⁵. Efectivamente, de la lectura de ambas normas (especialmente del art. 257.1.2º), parece desprenderse que el objeto de protección es la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, así como el correcto desempeño del proceso concursal para el caso de la norma del 259 del CP.

Críticas a la tesis de la Administración de Justicia

Ya LANDROVE DÍAZ, criticando la postura público-procesal, señalaba que «el proceso no es nunca un fin en sí mismo, sino que siempre existen intereses sustanciales a cuya garantía es ordenado el mismo»¹²⁶. Efectivamente, antes de la frustración del proceso de ejecución lo que se produce es una lesión del derecho de crédito, de la expectativa de cobro del acreedor que se defrauda. El proceso de ejecución no es sino *el medio o instrumento* para salvaguardar el verdadero sustrato que está detrás de la relación acreedor-deudor y que no es otro que el crédito como elemento patrimonial. En el mismo sentido se ha señalado que «ni siquiera indirectamente se protege la efectividad la administración de justicia o la efectividad de las normas procesales dirigidas a la tutela del crédito: se

la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación»

¹²⁵ Esta norma dispone que « Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto»

¹²⁶ LANDROVE DÍAZ, *Las quiebras punibles*, 1970, p. 128.

ampara el derecho mismo y no el procedimiento para materializar el cobro»¹²⁷.

Efectivamente, si se afirmara que el bien jurídico penal es el proceso de ejecución se podría llegar a la paradoja de que no existiría bien jurídico ni lesión de éste en aquellos casos en que, realizado el comportamiento típico, no se hubiera iniciado aun el procedimiento ejecutivo¹²⁸. Estaríamos ante un injusto a la espera de que, iniciado el procedimiento, surgiera “a la vida” el bien jurídico protegido. Ni siquiera la referencia a un procedimiento de «previsible iniciación» soluciona el problema. De hecho, la previsibilidad de la iniciación es una cuestión extremadamente difícil de determinar y no otorga seguridad jurídica de cara al destinatario de la norma, pues no está nada claro cuándo es previsible que el acreedor inicie el procedimiento de cobro. Conceptos como «previsible» o «inminente» afectan en cierta medida a la certeza jurídica y al mandato de determinación de los tipos penales. Este problema ya lo ha puesto de manifiesto QUINTERO OLIVARES para el caso del alzamiento de bienes cuando, a propósito esta particular situación de la inminencia del proceso, señala que «en los Tribunales españoles se ha llegado a aceptar el alzamiento de bienes de quien dispuso de ellos cuatro o cinco años antes de que se intentara la ejecución»¹²⁹.

Es cierto que a través de las conductas de alzamiento el proceso ejecutivo se frustra, no consigue su objetivo de encauzar la pretensión del acreedor. Sin embargo, aun cuando el proceso que es un medio de realización del

¹²⁷ Véase OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 1997, p. 35.

¹²⁸ Similar LANDROVE DÍAZ, *Las quiebras punibles*, 1970, p. 129.

¹²⁹ QUINTERO OLIVARES, «De las insolvencias punibles», en QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 8ª ed., 2009, pp. 710 y 711.

derecho del acreedor no tenga éxito por las maniobras del deudor, ello no lo convierte en el bien jurídico protegido. Detrás del proceso está la pretensión de satisfacción del derecho de crédito del acreedor que se intentaba satisfacer *por medio* del procedimiento ejecutivo. En este sentido, no se debe incurrir en el error ya superado de confundir entre acción y pretensión. En el alzamiento de bienes y en los delitos de insolvencia, sólo esta última corresponde a lo efectivamente tutelado por el Derecho penal.

4. La función social de la propiedad

Un planteamiento distinto a los anteriores, pero ubicándose igualmente dentro de las tesis metapatrimonialistas, es el que sostiene GARCÍA SÁNCHEZ. Para este autor, el bien jurídico protegido por las insolvencias en cualquiera de sus modalidades radica en «la función social de la propiedad o la función social de los derechos patrimoniales»¹³⁰. Según GARCÍA SÁNCHEZ, es precisamente en la especial característica de los delitos de insolvencia, referida a que el autor actúa sobre su propio patrimonio, donde debe encontrarse el fundamento de la valoración jurídica del Derecho penal para castigar tales comportamientos. En este sentido, en su opinión, lo verdaderamente relevante vendrá determinado por la consecución de intereses tanto individuales como colectivos. Lo colectivo se refiere a la función social que tiene la propiedad o de los derechos patrimoniales en la sociedad. Esta función constituye el

¹³⁰ GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 2003, pp. 138 y ss.

fundamento por el que han de perseguirse determinadas conductas como las insolvencias punibles¹³¹.

Para conseguir la *utilidad social* a la que se refiere el citado autor, el ejercicio de los derechos de propiedad «tendrá como límite el hecho de que [ellos] se realicen siempre de la forma que mejor difunda el disfrute económico de los bienes para la sociedad...ya que las conductas de insolvencia ocasionan no solo consecuencias nefastas para la viabilidad del cobro de los derechos de crédito, sino también, para los derechos laborales, para el mantenimiento de los puestos de trabajo e incluso para el propio sistema crediticio entendido como instrumento de cooperación social...»¹³².

Para GARCÍA SÁNCHEZ, en estricto rigor, los delitos de insolvencia «suponen un ataque intolerable a la institución de la función social de los derechos patrimoniales, por tratarse de supuestos en los que se ejercitan los derechos de contenido económico de una forma manifiestamente contraria al interés social, es decir, en contra de los intereses y valores económico-sociales expresamente recogidos y tutelados en nuestro texto constitucional»¹³³. En este sentido, opina que el bien jurídico es un bien colectivo, pues lo que se afecta no es algo patrimonial, sino que se atenta directamente contra la función social de los derechos patrimoniales. Por ello, con la punición de estas conductas de insolvencia «se pretende

¹³¹ GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 2003, p. 141.

¹³² GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 2003, p. 142.

¹³³ GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 2003, p. 142.

proteger el acceso y participación de todos los ciudadanos en la vida económica»¹³⁴.

Críticas a la tesis de la función social de la propiedad

Esta tesis mantiene una concepción colectiva o supraindividual del bien jurídico de corte profundamente comunitarista. Ello queda en evidencia cuando el autor de esta postura sostiene que el sujeto pasivo del delito es «la sociedad»¹³⁵. Por lo demás, cabe dirigir a esta postura las mismas críticas que se formularon a la tesis del sistema económico crediticio. Esto es, la excesiva abstracción e indefinición de bien jurídico *función social de la propiedad*. ¿Puede afirmarse que una pequeña insolvencia de un deudor cualquiera, afecte real y materialmente al conjunto de la *sociedad*? La respuesta creo que es negativa si se formula además desde la necesidad de afirmar un mínimo de lesividad de la conducta. Por lo demás, también puede señalarse, a modo de crítica, que es bastante dudoso que el legislador no tuviese en cuenta la vertiente patrimonial individual a la hora de tipificar las diversas modalidades de insolvencia y, que, por el contrario, sí hubiese tenido en cuenta la función social de la propiedad¹³⁶.

¹³⁴ GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 2003, p. 143.

¹³⁵ GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 2003, p. 142, p. 144.

¹³⁶ En el mismo sentido SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, pp. 104 y 105.

CAPÍTULO II

LA FORMA DE AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO LA NATURALEZA DEL INJUSTO DEL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Si la determinación del bien jurídico se presenta bastante problemática en la doctrina, el otro punto de discusión no menos problemático versa sobre la clasificación del delito de alzamiento de bienes, esto es, sobre la naturaleza de su injusto. Dos son las posiciones enfrentadas respecto al injusto del alzamiento de bienes. Por una parte hay quienes consideran que el alzamiento de bienes es un delito de mera actividad y peligro; y por otra, quienes sostienen que se trata de un delito de resultado y lesión. La controversia sobre tal cuestión no es meramente clasificatoria. Por el contrario, algunas de las consecuencias de lo uno o lo otro tiene directa incidencia, por ejemplo, en el momento y requisitos de la tentativa y de la consumación. Las claves de la distinción pasan por entender si el delito de alzamiento de bienes exige la producción de un resultado y la causación de un perjuicio efectivo. O que por el contrario, si basta con afirmar la existencia de un mero peligro para el bien jurídico.

El punto de discordia entra la tesis que defiende la naturaleza de delito de peligro y aquella que sostiene la de delito de resultado radica en el significado que se le otorgue a la expresión «en perjuicio» que emplea el CP en el tipo de alzamiento de bienes (art. 257.1.1º). Al respecto, dos son las interpretaciones que existen. Por un lado, algunos autores que consideran tal expresión como un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo típico y que consistiría por tanto en un ánimo con el que actúa el

deudor al momento de realizar la acción. Por otro lado, otros autores la comprenden como la exigencia de un perjuicio real y efectivo que sufre el acreedor el acreedor¹³⁷.

II. LA TESIS DOMINANTE. EL INJUSTO DE PELIGRO

La concepción del alzamiento de bienes como delito de peligro constituye la tesis dominante en doctrina¹³⁸ y jurisprudencia¹³⁹. Esta postura entiende

¹³⁷ Véase acerca de ambas posiciones MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, pp. 68 y ss.; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 135 y ss.; HUERTA TOCILDO, en CEREZO MIR *et al* (eds.), *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*, 1999, pp. 801 y ss.; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, pp. 30 y ss.

¹³⁸ ROCA AGAPITO, «Los delitos de alzamiento de bienes (examen de los artículos 257 y 258 del código penal)», *ADCo*, 2011, p. 57; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*, 14ª ed., 2009, pp. 457 y ss.; CERES MONTÉS, «Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del código penal», *Delincuencia económica*, 2007, pp. 277-355; EL MISMO, «La insolvencia punible», en *La Ley Digital*, 1996, p. 2; GONZÁLEZ CUSSAC, en HERNÁNDEZ MARTÍ (coord.), *Concurso e insolvencia punible*, 2004, pp. 639-685; EL MISMO, *Los delitos de quiebra*, 2000, p. 28; GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 2003; QUINTERO OLIVARES, «Las insolvencias punibles en el derecho penal español», *Derecho penal económico*, 2001, p. 517; EL MISMO, *El alzamiento de bienes*, 1973, p. 57; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 166; MAZA MARTÍN, en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Empresa y derecho penal I. Cuadernos de derecho judicial*, 1998, p. 267 y ss.; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 30; SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, «Quiebra, concurso o suspensión de pagos mediante alzamiento de bienes», *CPC*, 1998, pp. 649-672; SAGRERA TIZÓN, *El derecho concursal en el nuevo código penal*, 1998; OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 1997, pp. 39 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, «Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el código penal», *ADPCP*, 1994, pp. 5-31; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de derecho penal*. 2º ed., t. III, 1978, p. 38.

¹³⁹ Véase STS núm. 424/2012 de 30 de mayo (RJ 2012\6576); STS núm. 1388/2011 de 30 de noviembre (RJ 2012\1817); STS núm. 1117/2007 de 28 de noviembre (RJ 2008\550); STS núm. 2219/2001 de 27 de noviembre (RJ 2002\1284); STS núm. 1230/2001 de 18 de junio (RJ 2001\6563); STS núm.

que el alzamiento de bienes se estructura como un delito de mera actividad y que para su consumación no es preciso que del acto de alzarse se siga una consecuencia perjudicial calificable de resultado¹⁴⁰. En tal sentido, los partidarios de esta corriente señalan que, para que el delito se perfeccione, basta la mera conducta del deudor dirigida a producir tal resultado¹⁴¹. En este sentido, el contenido de injusto radica en el peligro que los derechos de crédito del acreedor puedan sufrir a consecuencia de la causación de insolvencia por parte del deudor¹⁴².

Como se ha observado, bajo la mirada de la tesis dominante, para la consumación no es preciso que del acto de alzarse se siga una consecuencia perjudicial calificable como resultado¹⁴³. Ello es así, porque esta tesis mayoritaria sostiene que el alzamiento de bienes es un delito de consumación anticipada o de mero riesgo¹⁴⁴. Según esta corriente doctrinal lo que se castiga en el alzamiento de bienes no es la efectiva lesión del bien jurídico, sino que es *la posibilidad de que el derecho del acreedor a la satisfacción no se pueda ver realizado*¹⁴⁵. En tal sentido, ello implica la consumación del alzamiento de bienes «con la mera

875/2000 de 19 de mayo (RJ 2000/4898); STS núm. 2002/1717 de 18 de octubre (RJ 2002/9012); STS núm. 732/2000 de 27 de abril (RJ 2000\3300); STS núm. 1117/2004 de 11 de octubre (RJ 2004\8003); STS núm. 1347/2003 de 15 de octubre (RJ 2003\7756); STS núm. 989/2003 de 4 de julio (RJ 2003\5913); STS núm. 1943/2002 de 15 de noviembre (RJ 2002\10484); STS núm. 1757/2002 de 25 de octubre (RJ 2002\10850); STS núm. 440/2002 de 13 de marzo (RJ 2002\4929); STS núm. 388/2002 de 28 de febrero (RJ 2002\3913).

¹⁴⁰ QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, p. 57.

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 119.

¹⁴² VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 30.

¹⁴³ QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, p. 57.

¹⁴⁴ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 166.

¹⁴⁵ DEL ROSAL BLASCO, en *ADPCP*, 1994, p. 21.

posibilidad de no satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores»¹⁴⁶.

En la concepción de esta tesis, se señala que el contenido del injusto radica en el peligro que los derechos de crédito puedan sufrir a consecuencia de la causación de insolvencia por parte del deudor¹⁴⁷ ya que, como han sostenido estos autores, en el delito de alzamiento de bienes «estamos ante un delito de tendencia o de resultado cortado que no requiere que se produzca como resultado un perjuicio patrimonial consumado, efectivo o definitivo»¹⁴⁸. En definitiva, el tipo de injusto para la tesis del peligro «se agota con la conducta de *alzarse* con los bienes, sin que sea necesario, además, que se produzca un resultado o efecto exterior separable espacio-temporalmente de aquella»¹⁴⁹.

Respecto a la expresión «en perjuicio», la tesis dominante la interpreta como un elemento subjetivo del tipo, esto es, como una intención del deudor de perjudicar al acreedor. Por ello, para esta postura, cuando el deudor realiza el comportamiento típico, debe actuar con la intención o ánimo de perjudicar a su acreedor¹⁵⁰. Por el contrario, la producción de un perjuicio al acreedor no es un elemento que figure en la descripción típica.

¹⁴⁶ VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 30.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, en HERNÁNDEZ MARTÍ (coord.) *Concurso e insolvencia punible*, p. 652.

¹⁴⁸ OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 1997, p. 39.

¹⁴⁹ GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 2003, p. 286.

¹⁵⁰ Véase MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 136 y ss.; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 68; GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de derecho penal español. Parte especial*, t. I., 1996, p. 732; QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, p. 111.

En coherencia con sus planteamientos, la tesis dominante entiende que el perjuicio efectivo que pudiera sufrir el acreedor «carece de relevancia para el tipo»¹⁵¹.

También la jurisprudencia mayoritaria comprende al alzamiento como delito de mera actividad, de peligro y de tendencia. Ello se debe al hecho de que, igual que la doctrina dominante, interpreta que el alzamiento de bienes exige un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. Lo anterior puede observarse en la jurisprudencia bajo la siguiente argumentación: «*El delito de alzamiento de bienes es una infracción criminal de tendencia ya que la conducta del culpable debe tender finalísticamente a burlar los derechos de sus acreedores sin que se exija para su consumación delictiva la causación del daño o perjuicio concreto, bastando la situación de peligro dolosamente creada que impida o dificulte la eficacia de las acciones normales civiles o mercantiles*»¹⁵². En el mismo sentido: «*Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento*»¹⁵³.

¹⁵¹ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 137

¹⁵² Véase nota al pie número 138. Con más referencias de jurisprudencia véase VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 31.

¹⁵³ STS núm. 732/2000 de 27 de abril (RJ 2000\3306).

En general, los autores que se adhieren a esta tesis no explican con mayor profundidad si se trata de un peligro concreto o de uno abstracto. Sólo en autores como MUÑOZ CONDE se puede encontrar la afirmación de que el alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o mero riesgo en que no hace falta la producción de un resultado¹⁵⁴. Basándose en tales premisas, se podría interpretar en principio que para este autor se trata de un delito de peligro abstracto por el hecho de que comprende el tipo de alzamiento de mera actividad y sin necesidad de resultado. Por su parte, QUINTERO OLIVARES se posiciona más concretamente al respecto señalando que el alzamiento de bienes corresponde en concreto a un delito de peligro abstracto¹⁵⁵.

Para afirmar que se trata de un peligro abstracto, QUINTERO OLIVARES comienza por descartar la posibilidad de exigir un peligro concreto. En su opinión, el peligro concreto no es una alternativa para constituir el injusto material del alzamiento de bienes porque «habría que excluir del ámbito del precepto todos aquellos casos en que el deudor ocultara bienes o simulara carecer de ellos, pues para eludir la sanción penal le bastaría con demostrar que, por ejemplo, impugnando el negocio jurídico realizado en fraude de acreedores, estos hubiesen podido obtener satisfacción, por lo cual ésta (la satisfacción), en último término, nunca habría corrido peligro «de forma concreta»¹⁵⁶.

Hasta donde observo, para este autor el peligro concreto nunca podría darse en aquellos casos en que el deudor ocultara bienes o simulara carecer de ellos, ya que *ex post* se constataría que la probabilidad de lesión del bien jurídico nunca fue tal, porque siempre se podrá probar que

¹⁵⁴ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 119 y 166.

¹⁵⁵ QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, p. 59.

¹⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, p. 58.

el acreedor pudo haber impugnado el fraude de acreedores. En otras palabras, según entiendo, el argumento de este autor es que con la comprensión del alzamiento de bienes como delito de peligro concreto se restringiría el ámbito de lo punible en todos aquellos casos en que el peligro concreto no se puede probar, porque, entre otros factores, no dependió en ningún momento del azar o de la casualidad. Como serían los casos en los cuales el deudor mantiene los bienes ocultos. Ello por el hecho de que siempre fue posible para la víctima dominar el curso causal dirigido al resultado al tener la posibilidad de impugnar el fraude civil mediante el cual salieron los bienes del patrimonio del deudor.

En base a lo anterior, QUINTERO OLIVARES señala que afirmar la categoría de peligro concreto como naturaleza propia del alzamiento de bienes «minimizaría la función del precepto de alzamiento de bienes»¹⁵⁷, pues de acuerdo con el planteamiento de este autor, con el peligro concreto se dejarían fuera del ámbito de la norma casos que innegablemente constituyen alzamiento de bienes. Finalmente, debido al hecho de descartar la posibilidad de que el alzamiento de bienes constituya un delito de peligro concreto y al mismo tiempo al afirmar la naturaleza de mera actividad del alzamiento de bienes, QUINTERO OLIVARES concluye que «se trata simplemente de un delito de peligro abstracto»¹⁵⁸.

Otro autor que es partidario de la comprensión del alzamiento de bienes como delito de peligro abstracto es GARCÍA SÁNCHEZ. Este autor califica al alzamiento de bienes como un «auténtico delito de peligro

¹⁵⁷ QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, pp. 58 y 59.

¹⁵⁸ QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, p. 59.

abstracto»¹⁵⁹. Las razones que da para ello son el hecho de que se trata de un delito de mera actividad y que el bien jurídico es, bajo su planteamiento, uno supraindividual. Al ser un bien jurídico supraindividual, entonces la técnica de tipificación como delito peligro abstracto es, para GARCÍA SÁNCHEZ, la más adecuada para prevenir y, en su caso, castigar las conductas difusas que supongan un ataque intolerable al bien jurídico protegido¹⁶⁰.

De distinta opinión son VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC quienes se alejan de la postura que entiende al alzamiento de bienes como delito de peligro abstracto y sostienen que se trate de un delito de peligro concreto¹⁶¹. La razón que esgrimen estos autores, es que comprender el alzamiento de bienes como delito de peligro abstracto genera un notable adelantamiento de la línea de defensa punitiva y un excesivo intervencionismo del Derecho penal¹⁶². Por el contrario, VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC parten de la idea de que, al ser la relación jurídica previa entre dos sujetos determinados un requisito de la conducta típica, ello limita los efectos a unos determinados sujetos como son los acreedores del deudor. En este sentido, para VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC el peligro concreto radica en la situación de insolvencia del

¹⁵⁹ GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 2003, p. 289.

¹⁶⁰ Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 2003, p. 291.

¹⁶¹ VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 32 y 62

¹⁶² VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 33.

deudor, pues en ella «es donde verdaderamente se verifica un peligro, o daño potencial, para el derecho de crédito»¹⁶³.

Como se observa, una consecuencia central de la diferenciación entre peligro abstracto y concreto es la determinación de cuándo se consuma el delito. Respecto a este último punto, MUÑOZ CONDE, partidario de la tesis del peligro abstracto, plantea en una primera parte de su trabajo que el delito se consuma «con la mera realización de la conducta, consistente en alzarse o colocarse fraudulentamente en insolvencia»¹⁶⁴. Este autor interpreta que alzarse equivale a insolventarse. Sin embargo, esta identidad que plantea MUÑOZ CONDE entre alzarse e insolventarse produce, en mi opinión, una confusión al momento de identificar el instante consumativo del delito. Pues si bien la insolvencia puede concurrir inmediata o conjuntamente con la acción de alzamiento, también puede perfectamente suceder que ello no sea así, y que la insolvencia se produzca finalmente con posterioridad a la acción. De acuerdo con esto, la insolvencia parece más bien una consecuencia de la conducta de alzamiento, un estado o situación a la que se llega a través de la realización de una o más acciones de alzamiento del deudor. En efecto, esto es observado y advertido por autores como VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, quienes llegan a concluir que «la conducta de alzamiento ha de traer como consecuencia la situación de insolvencia»¹⁶⁵. Por ello, como se observó anteriormente, estos autores de manera coherente con su postulado de entender el alzamiento de bienes como delito de peligro, entienden que se trata de un delito de peligro concreto al

¹⁶³ VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 32.

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 164.

¹⁶⁵ VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 62

requerir efectivamente que la conducta de alzamiento produzca un resultado de peligro.

III. CRÍTICAS A LA TESIS DOMINANTE

A modo de comparación y para dar emitir una opinión crítica con respecto a la postura dominante, se puede observar la regulación de los delitos de insolvencia en el StGB alemán. En la dogmática alemana, la opinión ampliamente dominante entiende que la mayoría de los delitos de insolvencia contenidos en el §283 del StGB se estructuran como delitos de peligro abstracto¹⁶⁶. Al menos para los numerales 1 a 8 del párrafo 1 del § 283 del StGB es suficiente con llevar a cabo la realización de la acción de bancarrota independientemente de la producción de un resultado dañoso¹⁶⁷. Pero en el Derecho penal alemán el hecho de entender en general los tipos de insolvencia como delitos de peligro abstracto tiene un fundamento dogmático. A saber, la existencia de unas condiciones objetivas de punibilidad como requisito para afirmar la existencia de un riesgo típico en el comportamiento del deudor. Por ello, para las acciones de bancarrota de los números 1 a 8 del párrafo 1 del § 283 del StGB no se requiere la producción de un resultado en tanto concurra la condición objetiva de punibilidad que establece el § 283 (6) del StGB¹⁶⁸.

Efectivamente, según lo dispuesto en el § 283 (6) del StGB, debe concurrir alguna de las tres condiciones objetivas de punibilidad que se establecen para que determinadas acciones de bancarrota sean punibles:

¹⁶⁶ RADTKE/PETERMANN, *MK*, 2ª ed., 2014, «Vor §283», nm. 20; KINDHÄUSER, *NK*, 4ª ed., 2013, «Vor §283», nm. 34; TIEDEMANN, *LK*, 12ª ed., 2009, «§283», nm. 3; SAMSON, *SK*, 7ª ed., 2002, «Vor §283», nm. 4.

¹⁶⁷ TIEDEMANN, *LK*, 12ª ed., 2009, «§283», nm. 2.

¹⁶⁸ TIEDEMANN, *LK*, 12ª ed., 2009, «§283», nm. 2.

La primera concurre cuando el deudor deja de pagar a sus acreedores (suspensión de pagos); la segunda se da cuando se abre un procedimiento concursal en contra del deudor; y el último supuesto, concurre cuando la solicitud de apertura de un procedimiento concursal ha sido rechazada por falta de masa. Una vez constadas estas condiciones objetivas de punibilidad que reflejan una situación de *crisis económica* del deudor, las diferentes conductas que se tipifican en los apartados del 283 del StGB se consideran económicamente peligrosas y toman relevancia penal¹⁶⁹.

Por ello en la gran mayoría de conductas del de bancarrotas del párrafo 1 del §283 del StGB no se necesita de un resultado, sino que solamente deben estar presentes las condiciones objetivas de punibilidad para dar lugar a la realización típica¹⁷⁰. Además, cabe destacar en términos de imputación objetiva que las disposiciones de activos del deudor en situaciones de crisis deben ser realizadas de forma contraria a una gestión económica ordenada para suponer entonces la creación de un riesgo no permitido¹⁷¹.

En suma, y de acuerdo a lo anterior, es entendible que la doctrina alemana considere a la mayoría de conductas de bancarrota delitos de peligro abstracto, debido a la especial configuración que establece su propio Derecho positivo. El legislador alemán presume que, ante la situación de crisis económica del deudor, la disposición de su propio patrimonio de manera contraria a una gestión económica ordenada constituye un peligro

¹⁶⁹ TIEDEMANN, *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, 2010, p. 407.

¹⁷⁰ TIEDEMANN, *LK*, 12ª, 2009, «§283», nm. 2; EL MISMO, *Konkurs-Strafrecht*, 1985, p. 92.

¹⁷¹ Véase KRAUSE, *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko*, 1995, p. 204.

para la pretensión del acreedor¹⁷². Dicho peligro para las pretensiones del acreedor radica en otras palabras en el hecho de que en tales casos de disposición patrimonial el deudor ve reducida su capacidad de cumplimiento frente a sus acreedores¹⁷³. Como se observa, la clasificación de delito de peligro abstracto tiene razón de ser en el derecho penal alemán. Sin embargo, la regulación del CP español en materia de alzamiento de bienes no presenta de manera alguna una estructura similar a la del StGB para que se califique como delito de peligro abstracto. El alzamiento de bienes no posee estructuralmente ninguna condición objetiva de punibilidad o requisito de gestión económica del propio patrimonio que deba cumplirse para que se considere peligrosa la realización de algún acto de disposición del deudor sobre sus propios bienes.

Por otra parte, otro problema que aparece en la postura dominante y que llama significativamente la atención, deriva de la confusión entre las distintas clasificaciones de la figura del delito de alzamiento de bienes. La atribución de la naturaleza de peligro abstracto o concreto al alzamiento de bienes no parece ser del todo clara entre los partidarios del injusto de peligro. Ya se ha indicado que en el planteamiento de MUÑOZ CONDE se llega a la conclusión de que el delito de alzamiento de un delito de peligro abstracto. Basta para ello observar la afirmación de este autor cuando dice que el alzamiento de bienes se consuma «con la mera realización de la conducta...»¹⁷⁴. Además del hecho ya mencionado de que, para este autor, se trata de un delito de mera actividad que no requiere un resultado. La

¹⁷² KINDHÄUSER, *NK*, 4ª ed., 2013, «Vor §283», nm 101.

¹⁷³ Véase KRAUSE, *Ornungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko*, 1995, p. 204.

¹⁷⁴ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 164.

concreción de este aspecto, es decir, si se trata de un delito de peligro abstracto o de peligro concreto, es de suma relevancia. Si se afirma que es un delito de peligro concreto no podrá mantenerse la denominación de delito de mera actividad, pues los delitos de peligro concreto son delitos de resultado¹⁷⁵.

En ocasiones la tesis del injusto de peligro señala que la conducta del deudor debe *colocar o producir* en él una situación de insolvencia, o que la acción del deudor debe traer como *consecuencia* una insolvencia. Pues bien, si se califica al alzamiento de bienes como delito de mera actividad, es contradictorio requerir un resultado de insolvencia que es justamente lo que se esconde tras las líneas transcritas. Esta situación la han puesto de relieve ya VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC cuando señalan que «requerir la situación de insolvencia como un efecto jurídico impediría entender este delito como delito de peligro abstracto»¹⁷⁶.

A modo de crítica, un sector de la doctrina ha puesto de relieve desde una perspectiva político criminal, que entender el alzamiento de bienes como delito contra el patrimonio y defender una estructura dogmática de delito de peligro implicaría una hipervaloración del derecho de crédito del acreedor frente a otros intereses patrimoniales. Ello, además de un dudoso adelantamiento en la protección de un bien jurídico que sigue siendo comprendido como un bien jurídico-penal patrimonial por la doctrina mayoritaria¹⁷⁷. Especialmente, cuando se señala que los delitos de peligro

¹⁷⁵ Véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, p. 240 y ss.

¹⁷⁶ Véase VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 62.

¹⁷⁷ Véase al respecto SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 194; HUERTA TOCILDO, en CEREZO MIR (ed.), *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*, 1999, p. 805; RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, 1995, p. 346.

deben reservarse inicialmente como recurso de técnica legislativa para la incriminación de conductas relativas a bienes jurídico-penales de corte supraindividual¹⁷⁸. Con base a lo anterior, sería disfuncional mantener una visión patrimonial del bien jurídico y afirmar al mismo tiempo que su estructura es la de un delito de peligro.

Por otra parte, y en consideración al principio de *última ratio*, se critica a la tesis del peligro que castigar las conductas del deudor encaminadas a insolventarse antes del vencimiento del crédito (es decir, con la mera insolvencia del deudor, como postulan los partidarios de la tesis del peligro) comporta un adelantamiento excesivo del *ius puniendi* teniendo en consideración que en este campo existen importantes instrumentos civiles de protección del crédito¹⁷⁹. Por el contrario, se propone que en materia de protección del crédito ha de regir un principio que consistiría en que «*sin perjuicio económico-patrimonial no cabe imponer una pena*»¹⁸⁰.

Enlazado con lo anterior, y en el marco de la concepción dominante de la tesis del injusto de peligro de que el perjuicio no constituye un elemento del tipo, sino que pertenece al agotamiento del delito, se extraen importantes consecuencias dogmáticas. Como ha dicho la doctrina, si el agotamiento del delito corresponde a ese período que media entre la consumación del delito y el pleno daño al bien jurídico¹⁸¹, entonces de acuerdo a los postulados de la opinión dominante, nos encontramos ante

¹⁷⁸ GALLEGO SOLER, «El bien jurídico-penal en los delitos de insolvencias: ¿dos modelos de protección enfrentados?», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, 3, 2002, p. 377.

¹⁷⁹ Véase RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, 1995, p. 346.

¹⁸⁰ RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, 1995, p. 351.

¹⁸¹ CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte general*, vol. II, 2009, p. 102.

un delito de patrimonial que se consuma sin dañar el patrimonio. Para que tuviera más coherencia la postura dominante, esta tendría que encontrar un fundamento político criminal y dogmático sobre cuya base el *perigo* para el patrimonio de los acreedores constituyera ya un perjuicio. Por ejemplo, la idea del peligro para el patrimonio como forma de perjuicio patrimonial. Hasta donde observo, dicha argumentación no se ha llevado a cabo por ningún autor que se adhiera a la postura que defienda un injusto de peligro del delito de alzamiento de bienes.

Por el contrario, sólo se ha sostenido que la razón que avala entender a los delitos de alzamiento de bienes como delitos de peligro y no de lesión, es que si se consideraran delitos de lesión habría que esperar a que los créditos fueran exigibles y estuvieran vencidos para que el delito estuviese consumado. En efecto, la postura dominante del peligro sostiene que la consumación del delito no requiere que el crédito esté vencido ni sea exigible, sino que sólo sería necesario que exista¹⁸². Por eso, desde una perspectiva político criminal, para estos autores no tendría sentido esperar hasta el vencimiento del crédito para otorgar una protección penal, ya que, como sostienen quienes se adhieren a tal postura mayoritaria, «es justo antes del vencimiento de la deuda, cuando más justificado y más eficaz puede ser el recurso a la sanción penal»¹⁸³.

Como entienden las tesis del peligro, si el alzamiento de bienes es un delito de tendencia o de intención entonces bastaría que el autor persiga un determinado resultado más allá del tipo objetivo, no siendo preciso que

¹⁸² RODRÍGUEZ MOURULLO, «Acerca de las insolvencias punibles», en LÓPEZ/ZUGALDÍA (coord.), *Dogmática y Ley penal. L-H a Enrique Bacigalupo*, t. II, 2004, p. 1159; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 46; OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 1997, p. 69.

¹⁸³ ROCA AGAPITO, *ADCo*, 2011, p. 57.

llegue a ocurrir tal resultado. Efectivamente, en este último sentido se comprenden dogmáticamente los delitos de tendencia¹⁸⁴. Coherente con ello, estas tesis del peligro no deberían ni siquiera requerir la producción de una situación de insolvencia, pues bastarían los actos de ocultación más un elemento subjetivo del injusto que es el que, en su opinión, se encuentra en la expresión “en perjuicio de sus acreedores”.

Como consecuencia de la configuración que hacen las tesis del peligro en el alzamiento de bienes, el adelantamiento del momento de la consumación es evidente. Sería suficiente el mero acto de ocultación idóneo para producir la insolvencia¹⁸⁵, más el ánimo de perjudicar como elemento subjetivo del tipo.

En relación a los grados de realización del delito la tesis del injusto de plantea un problema comunicativo entre lo que busca el Derecho penal (proteger el patrimonio de los acreedores) y lo que le comunica al sujeto como potencial autor de un alzamiento de bienes. En concreto, el mensaje comunicativo de la norma es disfuncional, porque se le está diciendo al posible autor (sobre todo a efectos de pena) que es igual intentar alzarse con los bienes y no conseguirlo (bastando la ocultación más el ánimo) que alzarse, producir la insolvencia y entonces efectivamente lesionar el patrimonio excluyendo toda posibilidad de satisfacción de cobro de los acreedores. La amenaza penal es igual de grave para el caso de efectiva lesión como para el caso de sólo poner en peligro el bien jurídico protegido.

Si aceptamos entender al alzamiento de bienes como un delito de peligro, manteniendo además una postura patrimonialista acerca del bien jurídico

¹⁸⁴ Véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, p. 65.

¹⁸⁵ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 114.

penalmente protegido, tendremos como consecuencia la absurda situación de que la tentativa de alzarse con los bienes para perjudicar al acreedor tiene el mismo desvalor de injusto que haberse alzado con los bienes y efectivamente causar un perjuicio al acreedor. Como ya se ha puesto de relieve por algunos autores, «hemos de llegar a la desproporcionada conclusión en torno a que el ordenamiento jurídico desvaloraría de igual modo el solo hecho de alzarse con el ánimo de perjudicar (a uno o diez acreedores) que el hecho de alzarse y efectivamente perjudicar (a uno o a diez acreedores)»¹⁸⁶.

Si se comprende el alzamiento de bienes como delito de peligro, éste último no sería materialmente más que una *tentativa* del delito concursal, (delito que se comprende como un delito de lesión por la doctrina mayoritaria). La tipificación expresa del alzamiento de bienes estaría de más, ya que podría sancionarse como realización imperfecta del delito concursal cuando este último no se llegase a consumir por causas ajenas a la voluntad del deudor¹⁸⁷.

De hecho, MUÑOZ CONDE, que encabeza la postura dominante del injusto de peligro para el tipo de alzamiento, señala que en el alzamiento de bienes «desde un punto de vista material se trata de una tentativa especialmente tipificada como un delito consumado»¹⁸⁸. A decir verdad, una tentativa tipificada como delito consumado posee la estructura de los denominados delitos de emprendimiento, pues en tales delitos, la ley da el mismo tratamiento a la tentativa y a la consumación¹⁸⁹. Al respecto, se ha

¹⁸⁶ CABALLERO BRUN, *Las insolvencias punibles*, 2008, p. 101.

¹⁸⁷ Véase POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, en *Estudios sobre la Ley concursal. L-H a Manuel Olivencia*, t. V, 2005, p. 5041.

¹⁸⁸ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 165.

¹⁸⁹ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 856.

puesto de manifiesto que la construcción de delitos de emprendimiento puede ser adecuada en algunos tipos como la alta traición. Seguramente, debido a las muy escasas posibilidades de castigar si se llegara a la consumación. Sin embargo, se ha sostenido asimismo que en los demás casos la legitimidad de emplear esta forma de delitos es como mínimo dudosa y en ocasiones incluso arbitraria¹⁹⁰.

De acuerdo con lo anterior, no se observa justificación alguna en el delito de alzamiento de bienes para comprenderlo estructuralmente como un delito de emprendimiento. Si bien es evidente que en un delito como traición o la rebelión no tiene sentido esperar a que se dé algún resultado, en un delito patrimonial de insolvencia no se observa una razón político criminal ni dogmática que justifique la necesidad de recurrir a esta técnica de los delitos de emprendimiento. Especialmente cuando se observa que la principal característica en términos estructurales de los delitos de emprendimiento es la equivalencia entre tentativa y consumación.

Por otra parte, la propuesta de QUINTERO OLIVARES de entender el alzamiento de bienes como un delito de peligro abstracto es difícil de compartir. Comprender el alzamiento de bienes como delito de peligro abstracto vendría a significar que este delito patrimonial de insolvencia en nada se distinguiría en términos estructurales, por ejemplo, del injusto de un delito de posesión de drogas que, según la doctrina ampliamente mayoritaria, es un delito de peligro abstracto. Resulta difícil sostener que el alzamiento de bienes pueda contener un injusto de peligro abstracto cuando la redacción legal del delito establece claramente que la lesividad de éste recaerá en la esfera patrimonial de unos sujetos claramente determinados como son los acreedores del deudor. La estructura del tipo

¹⁹⁰ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 857.

de alzamiento deja bastante claro que el perjudicado o perjudicados son «los acreedores del deudor» y no un sujeto pasivo indeterminado como suele suceder en la mayoría de los delitos de peligro abstracto.

Otro problema que presentan las tesis del peligro y que se ha analizado en cierta medida anteriormente, es el papel que desempeña el concepto de *resultado* en la configuración del injusto. En particular, debido a la calificación de delito de mera actividad que ha recibido el alzamiento de bienes por parte de la doctrina dominante. A fin de aclarar algunas cuestiones un tanto difusas, se debe comenzar distinguiendo algunos aspectos importantes para entender el “problema” del uso del concepto de resultado para el alzamiento de bienes.

La doctrina penal suele utilizar el término «resultado» en más de un sentido, atribuyéndole diversas funciones dentro de la teoría jurídica del delito y en general en la aplicación de la ley penal¹⁹¹. Las diferentes perspectivas de uso del concepto de resultado van desde entender el resultado como un efecto separable de la acción y que surge de ella¹⁹²; pasando por su asimilación con el otro lado también como expresión referida al desvalor de resultado, como elemento fundamentador o co-fundamentador del injusto; hasta utilizando como expresión de la efectiva lesividad de la conducta peligrosa que afecta a la sancionabilidad penal

¹⁹¹ Para los diversos significados que se le ha otorgado en la doctrina penal al concepto de resultado Véase LAURENZO COPELLO, *El resultado en derecho penal*, 1992, p. 17 y ss.

¹⁹² Así MEZGER, *Tratado de derecho penal*, t. I, 1935, p. 177; Con amplias referencias en LAURENZO COPELLO, *El resultado en el derecho penal*, 1992, p. 17.

del comportamiento penalmente prohibido. En este último caso el resultado se ubica fuera de la antinormatividad¹⁹³.

Hasta donde alcanzo a ver, en la tesis dominante del delito de alzamiento como delito de peligro, no existe claridad sobre la necesidad o no de que de la conducta de alzamiento se derive un resultado de insolvencia para dar lugar a la consumación¹⁹⁴. En la tesis dominante, no es unánime la función que desempeña la insolvencia, es decir, si constituye una acción o una consecuencia de ella. Especialmente cuando se afirma que alzarse es insolventarse, o si, por otra parte, corresponde a un resultado de insolvencia. Tampoco está claro si ese resultado de insolvencia que debe darse es entendido en el sentido normativo de peligro o por el contrario como un resultado material separable espacio temporalmente de la conducta del deudor. En este último sentido, las tesis del peligro exigen *en ocasiones* un «resultado»¹⁹⁵, sin mayor elaboración acerca de las consecuencias que ello produce. Esto da lugar a una confusión acerca del concepto y función que tiene la palabra «resultado» en la estructura del alzamiento de bienes para la tesis dominante. Especialmente, si se tiene en cuenta que buena parte de las tesis del peligro entienden el alzamiento de bienes como delito de mera actividad. Lo que ocurre es que no se hace una debida y cuidadosa utilización del concepto “resultado”, con lo cual en ocasiones se confunde la estructura de los delitos de mera actividad y se acaba por hacer de esta clase de delitos un cajón de sastre para una

¹⁹³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 670 y ss.

¹⁹⁴ De la misma opinión GALLEGO SOLER, *Patrimonio y perjuicio patrimonial en derecho penal. Aproximación sistemática a los delitos contra intereses patrimoniales*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2001, p. 545.

¹⁹⁵ Véase así GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de derecho penal español. Parte especial*, t., I, 1996, p. 730. La cursiva es mia.

serie de figuras de la parte especial del Código penal de distinta significación.¹⁹⁶

Tradicionalmente, la doctrina ha entendido que en los delitos de mera actividad el injusto se agota con la acción del autor, sin que deba sobrevenir el resultado (en el sentido de un efecto externo diferenciable espacio-temporalmente)¹⁹⁷, esto es, no hace falta la producción de un resultado separable de la acción¹⁹⁸. De tal forma, la consumación se fija con la mera realización de la acción. En tal sentido, se considera inadmisibles hablar de un «resultado» típico en los delitos de mera actividad ya que en tales delitos no se integra ningún resultado exterior que vaya más allá de la realización de la acción del hecho¹⁹⁹.

Desde el punto de vista anterior, las tesis que se adhieren a la idea del peligro presentan una confusión estructural cuando comprenden al alzamiento de bienes como delito de mera actividad, si al mismo tiempo exigen la producción de un resultado o de una consecuencia derivada de la acción de alzamiento para reputar necesaria para la consumación. Ello genera una confusión de dos clasificaciones distintas e incompatibles la una con la otra. A saber, que es un delito de mera actividad y también de resultado al mismo tiempo, sin puntualizar además si ese resultado se refiere al resultado jurídico entendido como puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido²⁰⁰.

¹⁹⁶ ALCALÁ SÁNCHEZ, «Los delitos de mera actividad», *RDPC*, 2002, p. 12.

¹⁹⁷ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, p. 231; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, 5ª ed., 2002, p. 282.

¹⁹⁸ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. I, 2006, § 10/103.

¹⁹⁹ Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general*, 2005, p. 125.

²⁰⁰ Excepcionalmente VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC concluyen que ha de tratarse de un resultado de peligro y por tanto de un delito de peligro concreto.

Por eso, cuando se intenta estructurar un delito de mera actividad con un resultado de insolvencia como efecto separable de la conducta, se presenta la siguiente duda ¿Cómo puede sostenerse que el alzamiento de bienes es un delito de mera actividad (delito en el cual basta para la consumación la mera ejecución de la acción) y al mismo tiempo señalar que se requiere la insolvencia como resultado del comportamiento del deudor para fijar entonces el momento consumativo del delito? Esta situación se observa en la jurisprudencia que viene señalando en algunas de sus resoluciones relativas al tipo de alzamiento que tal delito constituye un delito de mera actividad pero que requiere de la producción de un resultado de insolvencia²⁰¹.

Algunos autores, advirtiendo tal situación y haciendo un esfuerzo por fijar el momento de la consumación, observan que la dificultad de clasificar al alzamiento de bienes como delito de mera actividad. Concretamente, ponen de manifiesto que «si la insolvencia es la consecuencia de realizar uno o varios actos de venta u ocultación y, por tanto, tratándose de un resultado (aunque sea jurídico), mal se puede sostener que estemos ante un delito de simple actividad»²⁰².

De acuerdo a lo anterior, no queda más que afirmar que no es posible entender el alzamiento de bienes como delito de mera actividad y requerir, a la vez, la producción de la insolvencia como resultado de los actos de ocultación. Esto, porque afirmar que se trata de un delito de mera actividad, implica aceptar que para su consumación sólo se requiere el

Véase VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 32 y 62.

²⁰¹ Véase STS núm. 440/2002 de 13 de marzo (RJ 2002\4929).

²⁰² Cfr. AYALA GARCÍA, «Los alzamientos de bienes», *Revista Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 1998, p. 19.

comportamiento del autor sin exigir resultado alguno separable de dicho comportamiento. Pues como se ha observado reiteradamente, en este tipo de delitos el tipo de injusto se agota en la acción del autor²⁰³.

IV. LA TESIS MINORITARIA. EL INJUSTO DE LESIÓN

En los últimos años ha tomado fuerza una postura que, a diferencia de las tesis del peligro, entiende que la naturaleza del injusto del tipo de alzamiento de bienes es de lesión y no de peligro. Para esta postura, el delito de alzamiento de bienes es un delito que requiere la efectiva lesión del derecho de crédito del acreedor y no una mera puesta en peligro²⁰⁴. El planteamiento de esta corriente consiste a grandes rasgos, en que el tipo de alzamiento en todas sus modalidades es un delito de lesión y que se consuma cuando sobreviene el resultado típico consistente en la efectiva producción de un perjuicio patrimonial al acreedor. De acuerdo con ello, se debe castigar a título de tentativa todos aquellos casos en los que la ocultación de bienes determinante de la insolvencia del deudor no fuera acompañada del resultado de perjuicio²⁰⁵. A diferencia de la postura dominante, para la mayoría de los autores que comprenden el delito de alzamiento de bienes como delito de lesión, la expresión “en perjuicio”, no corresponde a un elemento subjetivo del tipo. Por el contrario, tal

²⁰³ Véase JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, 5ª ed., 2002, p. 282.

²⁰⁴ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, pp. 56, 63 y ss.; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, pp. 200 y ss.; RUIZ MARCO, *La tutela penal del crédito*, 1995, pp. 142 y ss.; HUERTA TOCILDO, en CEREZO MIR *et al* (eds.), *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*, 1999, p. 800 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª, 1994, pp. 485 y 487.

²⁰⁵ Véase por todos HUERTA TOCILDO, en CEREZO MIR *et al* (eds.), *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*, pp. 799 y ss.

elemento se refiere a «un verdadero resultado material lesivo, consistente en el efectivo perjuicio patrimonial que se irroga al acreedor por haberse frustrado completamente su derecho de crédito»²⁰⁶.

Ahora bien, dentro del sector que comprende al alzamiento de bienes como delito de lesión, se debe hacer una aclaración en relación a la comprensión que se hace de la expresión “en perjuicio”. Lo que ocurre es que dentro de la misma postura que comprende al alzamiento de bienes como delito de lesión existen diferencias respecto a la interpretación de ese elemento. Dentro de los propios autores que califican al alzamiento de bienes como delito de lesión, algunos señalan que la expresión en perjuicio sigue siendo un elemento subjetivo del tipo, mientras que otros autores señalan, por el contrario, que se trata de un elemento objetivo y por lo tanto debe interpretarse como referido a un verdadero resultado material y lesivo.

Para graficarlo mejor, se puede efectuar la siguiente división dentro de las propias posturas del injusto de lesión:

1. *Tesis a)* La expresión «en perjuicio» es un elemento subjetivo del tipo. El perjuicio pertenece al agotamiento del delito. La lesión se ocasiona con la insolvencia y con ella ya se consuma el delito. No es necesario que la deuda se encuentre vencida.
2. *Tesis b)* El «perjuicio» es un resultado material lesivo que debe sufrir el acreedor. Ello ocurre cuando la deuda del deudor se encuentre vencida y sea exigible. Puede suceder, por lo tanto, que el deudor esté en insolvencia. Mientras la deuda no sea exigible el acreedor no sufre ningún perjuicio ni se lesiona su derecho de crédito. No hay consumación

²⁰⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 70.

Para la primera postura, la lesión y la consumación se producen con la producción de la insolvencia del deudor. Aquí se encuentran autores como BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, para quienes si bien no basta con poner en peligro el derecho de crédito a la satisfacción del crédito, de todos modos es necesario que el deudor se coloque en una situación de insolvencia impidiendo el cobro del crédito²⁰⁷. Para estos autores la lesión del derecho de crédito viene dada por la producción de la insolvencia del deudor a causa del comportamiento del deudor que actúa realiza la acción con ánimo de perjudicar a sus acreedores. Para los citados autores, la expresión “en perjuicio”, es un elemento subjetivo distinto el dolo y no un resultado material lesivo, que en todo caso se producirse este último pertenece al agotamiento del delito y no a una exigencia del tipo²⁰⁸.

Otro punto en discusión es aquel referido a si el crédito debe estar vencido y ser exigible para afirmar que el delito está consumado. Efectivamente, la relación entre acreedor y deudor es tal es por el hecho de existir una obligación entre ambos sujetos. De ello surge el acreedor como sujeto pasivo del delito y el deudor como sujeto activo. En relación a este punto referido a la exigibilidad de la deuda, BAJO y BACIGALUPO señalan que si para consumir el delito se exigiera que el crédito esté vencido, no serían punibles un conjunto de comportamientos o se impediría al acreedor ejercer la acción penal contra el deudor alzado hasta el vencimiento del crédito²⁰⁹. Por ello, plantean una solución intermedia que consiste en que al menos una de las obligaciones que pesan sobre el deudor sea exigible y,

²⁰⁷ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 429.

²⁰⁸ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, pp. 429 y ss. Nótese que en este sentido la ubicación del perjuicio efectivo es idéntica que en las tesis del peligro, es decir, en el agotamiento del delito.

²⁰⁹ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 426.

con ello, entender entonces que también vencen el resto de obligaciones a efectos del delito de alzamiento de bienes, permitiendo así al acreedor ejercitar la acción criminal correspondiente²¹⁰.

La concepción de BAJO y BACIGALUPO ha sido criticada por el resto de la doctrina. Se ha señalado al respecto que la estructura que proponen estos autores en nada se diferencia de las tesis mayoritarias del injusto de peligro, ya que las conclusiones a las que llega son idénticas. Así, con la postura de los citados autores no es necesario que efectivamente se frustren los créditos, pues tanto para las tesis del injusto de peligro como para la propuesta de BAJO y BACIGALUPO lo relevante será «la verificación de la insolvencia como momento de perfección del delito, ya sea por que se lesiona el bien jurídico o porque se pone en peligro, tal y como defienden las tesis de mayoritarias»²¹¹. Además, estos autores al igual que las tesis de peligro comparten idéntico significado de la expresión “en perjuicio de sus acreedores”. Comprenden esta expresión como un elemento subjetivo del injusto que debe concurrir en el comportamiento del autor. En resumen, y según las críticas que ha apuntado SOUTO GARCÍA a la postura de BAJO y BACIGALUPO, la línea divisoria entre las tesis mayoritarias del injusto de peligro y la de estos últimos autores citados, se difumina de forma tal que realmente se trata del mismo concepto sobre el contenido de injusto pero con distinto nombre²¹².

²¹⁰ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 427.

²¹¹ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 201.

²¹² SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 201.

También dentro de esta *Tesis a)* en la que he situado a BAJO y BACIGALUPO, se puede ubicar la postura de CUELLO CONTRERAS. Este autor sostiene que debe entenderse a la situación de insolvencia como el verdadero daño patrimonial para los acreedores. En su opinión, lo decisivo es el «hecho bruto» de la insolvencia, pues sin él no hay delito²¹³. Similar al planteamiento anterior es el realizado por POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS. Para estos autores tanto el alzamiento de bienes como el delito concursal son delitos de lesión donde el fundamento del injusto es la causación o agravación de la situación de insolvencia que impide satisfacer los créditos de los acreedores. También, para estos autores la expresión “en perjuicio” describe un elemento subjetivo del injusto, por tanto no se requiere que apreciar ningún perjuicio para el acreedor²¹⁴.

Para esta primera postura en que se agrupa BAJO y BACIGALUPO, CUELLO CONTRERAS y POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS, la comprensión de la expresión “en perjuicio” es la misma que posee la tesis del injusto de peligro. Se trata de un elemento subjetivo del injusto y no un perjuicio material lesivo que debe sufrir el acreedor.

Como se apuntaba, en la *Tesis b)* de la cual forman parte autores como HUERTA TOCILDO, RUIZ MARCO, MARTÍNEZ-BUJÁN y SOUTO GARCÍA comprende al delito de alzamiento de bienes como delitos de resultado y de lesión²¹⁵. La diferencia de esta concepción respecto de la *Tesis a)*

²¹³ CUELLO CONTRERAS, «Insolvencias punibles», *CPC*, 1999, pp. 40 y 41.

²¹⁴ Cfr. POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, «Injusto penal e ilícito mercantil en las insolvencias punibles a la luz de la nueva Ley concursal: ¿autonomía o subordinación del derecho penal?», *Estudios sobre la Ley concursal. L-H a Manuel Olivencia*, t. V, 2005, p. 5025.

²¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 70; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, pp. 205 y ss.; HUERTA TOCILDO, en CEREZO

radica en que ésta comprende que, no sólo hace falta la verificación de un resultado de insolvencia producido por los actos de alzamiento para dar por consumado el delito, sino que es necesario comprobar la *exigibilidad* o *vencimiento* de crédito para apreciar el efectivo perjuicio y lesión del bien jurídico. Así, para esta *Tesis b)* el verdadero perjuicio y la efectiva lesión del derecho de crédito se producen cuando el deudor estando en insolvencia el crédito vence y es exigible. De manera más gráfica, los pasos para apreciar la consumación según esta postura serían: En primer lugar una ocultación de bienes, en segundo la provocación de la insolvencia y en tercero la producción de un perjuicio económico a los acreedores que se da por la constatación de que la deuda es exigible y está vencida²¹⁶. Para este grupo de autores junto con la acción de alzamiento y la existencia de un resultado de insolvencia, la consumación requiere además que la deuda esté vencida y sea exigible²¹⁷.

Como se aprecia, en esta última postura se exige un paso más al de la mera constatación de la insolvencia del deudor para apreciar la consumación del delito de alzamiento de bienes. Para estos autores la insolvencia es necesaria pero no suficiente para la consumación, pues el perjuicio efectivo viene dado por el menoscabo que sufre el deudor debido al vencimiento del crédito.

Estos autores postulan que el momento del vencimiento y exigibilidad de la deuda coinciden con el momento de constatación tanto del perjuicio

MIR *et al* (eds.), *El nuevo código penal: Presupuestos y fundamentos*, 1999, p. 800; RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, 1995, pp. 138 y ss.

²¹⁶ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 70; HUERTA TOCILDO, en CEREZO MIR *et al* (eds.), *El nuevo código penal: Presupuestos y fundamentos*, 1999, p. 807.

²¹⁷ Véase, SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 205.

efectivo como de la lesión del bien jurídico²¹⁸. Al respecto, señalan que el perjuicio no surge con la insolvencia fraudulenta, sino con el vencimiento de la deuda²¹⁹. Claramente lo señala SOUTO GARCÍA cuando afirma que «será el impago de la deuda en el momento de su vencimiento el que revele el perjuicio»²²⁰.

Puede apreciarse en esta postura la importancia que otorgan al criterio de la exigibilidad del crédito a partir del cual se afirma la consumación del delito²²¹. Así, la exigibilidad se convierte para esta postura en un factor de delimitación del bien jurídico-penal, dotándolo de un contenido material y de mayor precisión²²². A contrario sensu, si concurren los restantes elementos del delito, esto es, ocultación de bienes más el resultado de insolvencia pero no exigibilidad del crédito, hay que entender que bajo las premisas de esta postura estaremos ante una tentativa de alzamiento de bienes. Debe de subrayarse que para este último grupo de autores es la exigibilidad del crédito o vencimiento de la deuda lo que constituye el perjuicio efectivo que sufre el acreedor, por ello se debe esperar a que concurra el vencimiento del crédito para afirmar que el delito de alzamiento de bienes está consumado.

²¹⁸ Véase, SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 205.

²¹⁹ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes», *Estudios penales y criminológicos*, XXIV, 2004, p. 460; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 205.

²²⁰ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 201.

²²¹ Véase al respecto RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, 1995, p. 139.

²²² RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, 1995, p. 142.

V. CRÍTICAS A LAS TESIS MINORITARIA

Evidentemente, el hecho de que dentro de la tesis del injusto de lesión existan dos posturas distintas dificulta en cierta medida un análisis crítico de ese planteamiento. Sin embargo, creo necesario destacar y adelantar brevemente algunos aspectos importantes que serán tratados en los siguientes apartados. Al respecto, cabe apuntar lo siguiente.

En consideración a la *Tesis a)*, es decir, a aquellos autores que veían en la insolvencia del deudor la consumación del delito sin necesidad de esperar al vencimiento del crédito, quisiera adelantar una conclusión provisional. Según observo, lo que este primer grupo de autores quiso subrayar es que la insolvencia constituye ya una lesión efectiva del derecho de crédito que sufre el acreedor. Por ello, realizado el resultado de insolvencia del deudor, ya existe efectivo perjuicio en el sujeto pasivo. Así, coincide con el perjuicio la lesión del bien jurídico y la consumación del delito. De alguna forma esto es lo que se observa en alguno de los autores que destacan que la insolvencia es ya una lesión al margen de que al final se satisfagan o no los pertinentes derechos de créditos, pues también es una forma de lesionar los derechos de crédito no cobrarlos a su debido tiempo²²³.

En consideración a la *Tesis b)*, me parece que considerar que el verdadero perjuicio y por tanto el momento de la consumación concurren solamente cuando el crédito está vencido, constituye en cierta medida una forma de desvirtuar la naturaleza del delito de alzamiento de bienes como refuerzo sancionatorio de la garantía patrimonial universal del art. 1911 del CC. Basta por ahora con señalar que el vencimiento del crédito es una institución propia del Derecho civil y, como tal, susceptible de ser pactada

²²³ POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, en *Estudios sobre la Ley concursal. L-H a Manuel Olivencia*, t. V, 2005, p. 5042.

entre las partes que configuran una relación jurídica obligacional. Por ello, el estudio de la institución jurídica denominada vencimiento anticipado del crédito se presenta fundamental en relación a la problemática de las fases de desarrollo del delito de alzamiento. El estudio acerca de este último aspecto lo desarrollaré en el capítulo en que se aborda la tentativa y consumación.

VI. LA REFORMA PENAL DE 2010 Y SU IMPACTO EN LA DISCUSIÓN DEL INJUSTO

La Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio y vigente desde el 23 de diciembre de 2010 introduce un apartado 4 en el art. 257 del CP. En concreto, se introducen unas agravaciones de la pena para el delito de alzamiento de bienes cuando concurren los supuestos previstos en los numerales 1º, 4º y 5º del delito de estafa (art. 250 del CP). Con la introducción de tal agravación, en concreto los supuestos 4º y 5º de la agravación del art. 250, se aporta un argumento a favor de las tesis que conciben el delito alzamiento de bienes como delito de lesión.

Efectivamente, si la agravación del injusto obedece a un criterio material como el referido a la entidad del perjuicio (numeral 4 del art. 250 al que remite el 257.4), y a la superación de determinada cuantía, ello da un argumento ya de Derecho positivo de que el perjuicio efectivamente causado por la insolvencia fraudulenta del alzamiento de bienes pertenece al injusto y no al agotamiento del delito. En virtud de esta reforma, el perjuicio debe tenerse en cuenta al momento de determinar la pena. En tal sentido, pierde fuerza aquella tesis mantenida por un grupo de autores que, si bien comprenden el alzamiento de bienes como delito de lesión, sostenían que el perjuicio no formaba parte del tipo sino que pertenecía al agotamiento del delito.

Con la reforma introducida por la LO 5/2010 de 22 de junio se produce un cambio de tendencia, pues la expresión «en perjuicio» es comprendida como un resultado lesivo y no como elemento subjetivo del tipo. Con esta reforma parece difícil afirmar que el perjuicio pertenece al agotamiento del delito, porque efectivamente del propio texto legal se desprende que se ha de tener en cuenta para agravar el injusto a través de una mayor pena cuando supere, por ejemplo, determinada cuantía defraudada. En resumen, se puede afirmar que con esta reforma se aporta un argumento sólido a favor de la tesis que concibe al delito de alzamiento de bienes como delito de lesión y no como delito de peligro²²⁴.

²²⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 70.

SEGUNDA PARTE
ANÁLISIS DEL TIPO DE ALZAMIENTO

CAPÍTULO I
EL TIPO DE ALZAMIENTO EN LA TIPOLOGÍA DELICTIVA

I. CLASIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DELITOS SEGÚN LA PARTE OBJETIVA DEL TIPO

En el capítulo anterior se analizó la discusión relativa a la naturaleza del injusto del tipo de alzamiento de bienes y en particular si éste consistía en un injusto de peligro o uno de lesión. Este aspecto referido a la naturaleza del injusto está en directa conexión con dos cuestiones fundamentales del análisis del tipo de alzamiento de bienes, esto es, con la tentativa y la consumación. Ahora bien, antes de tomar posición sobre la naturaleza del injusto, creo necesario hacer una distinción analítica en las estructuras de las diferentes clasificaciones de los tipos penales. Una vez realizado ello se podrá llevar a cabo con más claridad el análisis del tipo de alzamiento y resolver si estamos ante un delito de peligro o de lesión.

Según las modalidades de la parte objetiva del tipo los delitos pueden clasificarse en delitos de mera actividad y en delitos de resultado²²⁵. A su vez, los delitos de mera actividad pueden ser delitos de peligro abstracto y delitos de lesión. Por su parte los delitos de resultado pueden clasificarse en delitos de lesión y en delitos de peligro concreto. De acuerdo con la anterior clasificación, catalogar un delito de mera actividad y peligro concreto como lo hace alguna jurisprudencia resulta totalmente

²²⁵ Véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, p. 231.

incongruente ya que los delitos de peligro concreto, tal como se verá a continuación, son delitos de resultado que requieren efectivamente un resultado (jurídico) separado de la conducta. Por tal motivo los delitos de peligro concreto no pueden ser delitos de mera actividad. Igualmente debe considerarse desacertada aquella concepción que señala que el alzamiento de bienes es un delito de mera actividad que requiere de un *resultado* de insolvencia²²⁶, si no se especifica que dicho resultado consiste en un resultado jurídico. A continuación, se presenta una distinción de la clasificación de los tipos, con el fin de obtener mayor claridad conceptual de los mismos.

II. DELITOS DE MERA ACTIVIDAD

La doctrina suele señalar que los delitos de mera actividad son aquellos que carecen de un resultado, por lo que su consumación concurre con la mera realización de la conducta²²⁷. Como se ha señalado anteriormente, estos se dividen en delitos de peligro abstracto y delitos de lesión.

1. De peligro abstracto

La doctrina suele caracterizar a los delitos de peligro abstracto como aquellos delitos cuyo merecimiento de pena descansa sobre la *peligrosidad general* de la acción típica para determinados bienes jurídicos²²⁸. En esta clase de tipos no hay lesión efectiva sino probabilidad

²²⁶ Véase al respecto STS núm. 562/2000 de 31 de marzo (RJ 2000\3488).

²²⁷ Véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, pp. 231 y 232; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. I, 2006, §10/54; ALCALÉ SÁNCHEZ, *RDPC*, 2002, pp. 11 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 1999, p. 441.

²²⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 2002, p. 283.

de lesión del bien jurídico²²⁹. Se trata de delitos que requieren únicamente la ejecución de una acción que es generalmente vista como peligrosa para determinado bien jurídico²³⁰. Se señala al respecto que en los delitos de peligro abstracto el peligro no es una característica del tipo sino sólo el fundamento de la disposición. En ese sentido, el tipo «se satisface con la mera realización del comportamiento descrito, pues no hace falta demostrar ninguna afectación del bien jurídico protegido»²³¹. De tal modo en los delitos de peligro abstracto el juez no debe probar en el caso concreto si un peligro se ha producido o no realmente²³², pues para su consumación es suficiente probar la realización del comportamiento típico²³³.

Debido a las características señaladas, los delitos de peligro abstracto suelen ser formas delictivas bastante criticadas por la doctrina. Algunos motivos de tales críticas consisten en que a través del recurso a esta técnica de delitos se vulnera el principio de ofensividad o lesividad. Por ejemplo, se destacan aquellos casos en que el autor, a pesar de haber realizado la conducta descrita por el tipo configurado como delito de peligro abstracto, neutralizó cuidadosa y eficazmente el peligro; o algunos casos en los que ni siquiera existe la posibilidad de lesión del bien

²²⁹ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALARÉ, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2006, p. 192.

²³⁰ MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 2011, p. 69 (§ 14/24).

²³¹ KISS, «Delitos de peligro abstracto y bien jurídico», en SCHÖNE (coord.), *El orden jurídico-penal. Entre normativa y realidad*, 2009, p. 248

²³² CEREZO MIR, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo», *RDPC*, 2002, p. 55.

²³³ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALARÉ, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2006, p. 193.

jurídico²³⁴. Cabe destacar que normalmente, debido a la naturaleza de los delitos de peligro abstracto y a su funcionalidad, se recurre a esta técnica de tipificación para sancionar conductas peligrosas que afectan a bienes jurídicos supraindividuales como ocurre en los delitos contra el tráfico rodado o contra la salud de los consumidores²³⁵.

2. Delitos de lesión

En este grupo se encuentran aquellos delitos que sólo requieren una conducta sin que produzca o se espere un resultado espacio-temporal posterior. Con la realización del comportamiento típico ya se entiende lesionado el bien jurídico. En los delitos de mera actividad y de lesión, no se considera «resultado» la exteriorización de la conducta ni la lesión del bien jurídico²³⁶. Un caso de delito de mera actividad y de lesión es el allanamiento de morada. En él se lesiona el bien jurídico inviolabilidad de la morada pero no se produce ningún resultado posterior a la realización de la conducta típica.

III. DELITOS DE RESULTADO

Los delitos de resultado son aquellos que requieren un resultado *separable* espacio-temporalmente de la conducta del autor²³⁷. Dentro de la categoría de delitos de resultado se encuentran presentes los delitos de lesión y delitos de peligro concreto que requieren un resultado a consecuencia de la realización de la conducta.

²³⁴ Véase MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, 1993, pp. 160 y ss.

²³⁵ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, pp. 225 y ss.

²³⁶ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, p. 231 y s.

²³⁷ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, p. 231.

1. Delitos de lesión

Son aquellos en que existe un menoscabo del bien jurídico protegido tal como sucede en el homicidio, lesiones, hurto o robo²³⁸. Para su consumación estos delitos requieren un resultado material o ideal distinto de la propia conducta y que se produce generalmente de modo posterior al comportamiento del autor²³⁹.

2. Delitos de peligro concreto

En este tipo de delitos no se produce una lesión entendida como menoscabo del bien jurídico, pero concurre un resultado que es comprendido como un resultado jurídico. Lo que caracteriza a este tipo de delitos es que, aun cuando la lesión está ausente, la conducta del autor pone a un bien jurídico en directo peligro²⁴⁰. Suele señalarse por la doctrina que en los delitos de peligro concreto ha de producirse «un peligro real para el objeto protegido»²⁴¹ o que se haya «creado realmente un peligro»²⁴² sin que produzca una lesión del bien. Se exige la existencia una situación de proximidad de lesión del bien jurídico, la cual se da

²³⁸ Véase BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALARÉ, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2006, p. 192.

²³⁹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2012, p. 165.

²⁴⁰ Véase con amplias referencias WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts-zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungselikte*, 2000, pp. 281 y 283.

²⁴¹ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. I, 2006, §11/147.

²⁴² WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, p. 63; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1999, p. 312.

porque el objeto material o el sujeto pasivo «entraron en el radio de la acción peligrosa»²⁴³.

Doctrinalmente se acepta que, tanto en los delitos de lesión como en los de peligro concreto, puede tener cabida un resultado separado del comportamiento del sujeto²⁴⁴. Lo que es discutido es el momento en que concurre el resultado de peligro concreto y cuándo se ha de apreciar la consumación de un delito de peligro concreto. El criterio al que la doctrina mayoritaria recurre para valorar el resultado de peligro concreto es un criterio *ex post*²⁴⁵, ya que «puede suceder que *ex ante* la situación fuera extremadamente peligrosa, pero *ex post* se constate que no se ha materializado esa peligrosidad en el caso concreto»²⁴⁶. En tal situación sólo podría apreciarse un delito de peligro abstracto si existiese tal figura típica.

Respecto al resultado en los delitos de peligro concreto, se señala que resultado de la acción es «el riesgo de lesión»²⁴⁷. Generalmente, las definiciones al uso para determinar el momento consumativo señalan que la consumación viene dada por la «perceptible creación de una situación

²⁴³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Los delitos de peligro en el derecho penal económico y empresarial», en SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (dir.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, 2010, p. 88.

²⁴⁴ Véase WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, p. 357.

²⁴⁵ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. I, 2006, § 11/147; FEJOO SÁNCHEZ, «Seguridad en el tráfico y resultado de peligro concreto», *La Ley*, 1999, p. 10; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, 1993, pp. 102 y ss.

²⁴⁶ FEJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 1999, p. 10.

²⁴⁷ LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, 1967, p. 7.

de peligro»²⁴⁸, por «la probabilidad de que el comportamiento típico produzca la lesión»²⁴⁹, o «cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico»²⁵⁰.

KINDHÄUSER, desde un novedoso planteamiento orientado a la seguridad sobre la integridad del bien como objeto de protección del Derecho²⁵¹, ha señalado que concurre una puesta en peligro concreto del bien «cuando se coloca a un bien jurídico en una situación en la que el menoscabo de su sustancia depende solamente de la casualidad, en el sentido de que no se puede evitar intencionadamente un posible menoscabo»²⁵². De acuerdo a este planteamiento, un bien jurídico estará en concreto peligro como consecuencia de la realización de una acción, cuando desde ese ámbito de organización no se puedan tomar medidas adecuadas para impedir un probable menoscabo²⁵³. El planteamiento de KINDHÄUSER apunta a que la lesividad del peligro concreto radica en que la integridad del bien jurídico depende de influencias heterónomas. En este sentido, los peligros concretos consisten en situaciones en las que la lesión del bien no puede ser evitada de forma planificada²⁵⁴.

²⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, *Comentario al código penal español*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 156.

²⁴⁹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALARÉ, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2006, pp. 192 y s.

²⁵⁰ CEREZO MIR, *RDPC*, 2002, p. 48.

²⁵¹ Véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 201, 277 y ss.

²⁵² KINDHÄUSER, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal», *InDret*, 2009, pp. 13 y 17.

²⁵³ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 277.

²⁵⁴ Véase KINDHÄUSER, en ARROYO ZAPATERO et al (coord.), *Hacia un derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, pp. 448 y 449.

Cabe destacar que en los delitos de peligro concreto el resultado no es una modificación del mundo exterior o una alteración material de un estado de cosas como en el delito de homicidio o en el de lesiones. No se trata, como bien señala FEIJOO, «de un cadáver o una pierna rota». Con base en lo anterior, la diferencia entre el delito de resultado de lesión y el de resultado de peligro concreto consiste en que en este último el resultado típico se manifiesta en una concreta situación de inseguridad para un determinado objeto material del bien jurídico protegido²⁵⁵.

Hasta donde observo, la estructura sobre la cual están contruidos los delitos de peligro concreto se puede resumir en la existencia de tres pilares fundamentales: el ingreso de un objeto de protección en el ámbito o radio de peligro de una acción o conducta humana; la existencia de una probabilidad de lesión del bien jurídico por un curso causal que el autor no puede dominar; y, por último, que la lesión del bien jurídico dependa únicamente de la causalidad²⁵⁶. De acuerdo con esto, puede afirmarse que la principal característica de la estructura de los delitos de peligro concreto está conformada por la no dominabilidad del curso causal de riesgo que realiza el autor con su conducta y por que la no producción final de la lesión del bien jurídico se debe a circunstancias extraordinarias con las cuales no se puede contar de antemano.

En efecto, debe afirmarse que de todos modos ha habido un peligro concreto, pues la evitación de la lesión del bien jurídico no puede dejarse en manos de circunstancias imprevisibles con las cuales una persona

²⁵⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 2001, p.15.

²⁵⁶ Véase ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de la punición y configuración del injusto*, 2000, p. 187; ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, p. 51; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p. 37; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, 1993, p. 228.

razonable no pueda confiar. Esto último corresponde al planteamiento de la denominada teoría normativa del peligro²⁵⁷, según la cual los delitos de peligro concreto se consuman cuando la ausencia o la no producción de la lesión se debe a factores o circunstancias no planificadas o no controlables por el autor o simplemente cuando la ausencia de lesión tiene lugar por circunstancias en las cuales una persona razonable no puede confiar²⁵⁸.

Dado que la mayoría de los delitos contra la seguridad en el tráfico se configuran como delitos de peligro concreto²⁵⁹, para esquematizar la situación de peligro concreto suele utilizarse el ejemplo del conductor de un vehículo que adelanta a otro de manera rasante. Para un observador imparcial ubicado en el lugar si no es absolutamente improbable que venga un vehículo en dirección contraria, entonces la conducta de adelantamiento será peligrosa. Si en ese momento fortuitamente no aparece ningún otro vehículo por el carril contrario entonces no se ha producido un *resultado* de peligro concreto para un bien jurídico, pues ningún vehículo ha entrado efectivamente en el radio de acción de la maniobra del conductor que ha realizado el adelantamiento²⁶⁰. Ahora bien, si un vehículo hubiese venido por el carril contrario pero la lesión no se llega a producir por la extraordinaria habilidad de ese otro conductor (era

²⁵⁷ Véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 201 y ss.; DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*, 1980; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 223 y ss.; SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, p. 793.

²⁵⁸ Véase nota anterior.

²⁵⁹ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, p. 247.

²⁶⁰ Véase WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, p. 199; CEREZO MIR, *RDPC*, 2002, p. 50.

casualmente un piloto de fórmula uno), habría que apreciar de todos modos, bajo una concepción normativa del peligro, la existencia de un resultado de peligro concreto. Ello por el hecho de que la ausencia de la lesión se debe a las capacidades excepcionales de un tercero o a circunstancias con la cuales no se puede contar de antemano. En otras palabras, por un factor que no domina el autor del peligro.

Efectivamente, la existencia de esas capacidades extraordinarias es un hecho meramente casual en el que no se puede confiar. Como señala FEIJOO SÁNCHEZ, «en un ámbito de contactos anónimos como el tráfico viario, sólo es razonable confiar en las prestaciones o capacidades estándares o normales»²⁶¹. Confiar la ausencia de la lesión a capacidades excepcionales o circunstancias no planificadas, es simplemente dejar el resultado en manos del azar. Por el contrario cuando un conductor de un vehículo se dirige contra una o varias personas a fin de causar miedo frenando el vehículo antes de alcanzar a las personas entonces se trata de una situación de peligro controlada²⁶². En este caso el conductor nunca ha perdido el dominio del curso causal riesgoso, por lo cual no podría hablarse de un resultado de peligro concreto cuando el autor siga manteniendo el dominio del curso causal²⁶³.

IV. TOMA DE POSTURA

Después de conocer las dos posturas existentes en la doctrina sobre el injusto de alzamiento de bienes y de realizar una distinción analítica de la tipología delictiva cabe pronunciarse sobre la naturaleza del injusto del

²⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 2001, p. 14.

²⁶² FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 2001, p.13.

²⁶³ ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de la punición y configuración del injusto*, 2000, p. 189.

alzamiento de bienes. Es decir, sobre si se trata de un delito de mera actividad o de uno de resultado. En mi opinión los delitos de alzamiento de bienes no constituyen delitos de peligro concreto ni tampoco delitos de peligro abstracto. Los motivos de ello son los que a continuación se señalan.

Si lo característico de los delitos de peligro concreto es que se consuman en el momento en que el autor del peligro no puede asegurar la no producción de la lesión o, en otras palabras, que la ausencia de la lesión se debe a circunstancias casuales o al azar no planificables por el autor, entonces el delito de alzamiento de bienes no puede ser un delito de peligro concreto por el siguiente motivo: el deudor que oculta sus bienes siempre podrá evitar la lesión última del patrimonio del acreedor haciendo aparecer esos bienes. El deudor que mantiene bajo su dominio los bienes pero ocultos al alcance del acreedor domina el riesgo que amenaza la lesión del derecho de crédito y sólo de él depende la ausencia de la lesión del acreedor. En otras palabras, el deudor domina la probabilidad de lesión del crédito cuando la deuda sea exigible y se encuentre vencida.

Efectivamente, el deudor que produce su insolvencia fraudulentamente ocultando materialmente sus bienes siempre domina esa probabilidad de lesión efectiva del bien jurídico que se dará en el momento del vencimiento de la obligación. Cuando el deudor oculta los bienes que cumplen la función de garantía patrimonial la única medida de salvación para la evitación de la lesión la constituye la acción de reflotar su patrimonio al alcance de los acreedores evitando así el efectivo perjuicio. Esta medida es algo que domina y controla únicamente el deudor.

Si se parte de que el resultado de peligro de los delitos de peligro concreto es aquel en que sólo un factor de suerte puede evitar la lesión del bien jurídico, en el alzamiento de bienes a través de la disposición fraudulenta

de bienes ese factor de suerte siempre es imputable al deudor que mantiene en su dominio los bienes ocultos al alcance del acreedor. Ello choca de frente con la estructura de un delito de peligro en que tal factor de suerte no puede ser imputable al autor del peligro concreto, sino al azar o a la casualidad.

Por el contrario, el deudor puede en cualquier momento traer de vuelta los bienes ante sus acreedores con lo cual la ausencia de la lesión será imputable objetivamente al deudor. Precisamente lo contrario se exige en los delitos de peligro concreto en el sentido de que si en los delitos de lesión se requiere que la lesión sea objetivamente imputable al autor, en los delitos de peligro concreto se requiere que la ausencia de la lesión no sea objetivamente imputable a su autor²⁶⁴. Esto último es justamente lo que no ocurre en el alzamiento de bienes en los casos de ocultación. Así, aquel sujeto que dificulta un procedimiento ejecutivo mediante ocultación puede en cualquier momento permitir el éxito del procedimiento al traer de vuelta los bienes ocultos a la vista de los acreedores y de las acciones judiciales que éstos puedan llevar a cabo.

En otras palabras, en el alzamiento de bienes la ausencia de lesión no se produce por causas imprevisibles o no planificables, sino por causas planificadas por el deudor. De acuerdo con lo señalado, me parece que existen argumentos suficientemente sólidos para sostener que el alzamiento de bienes no posee una estructura de delito de peligro.

Una vez descartada la estructura de un delito de peligro concreto como forma del delito de alzamiento cabe afirmar que el delito de alzamiento de bienes es un delito de resultado y de lesión.

²⁶⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 1999, p. 13.

Con base en lo analizado en el presente capítulo, la estructura correcta del alzamiento dentro de la tipología delictiva es la del delito de resultado y de lesión. En este sentido, debe distinguirse por una parte la propia conducta de alzamiento y por otra una situación de insolvencia imputable a la conducta. Ahora bien, respecto al debate acerca de la expresión «en perjuicio» del art. 257.1.1º CP, me sumo a la postura que señala que dicho elemento debe ser comprendido como un resultado material lesivo que ha de sufrir efectivamente el deudor. Coherentemente con lo anterior, cabe afirmar que la insolvencia típicamente relevante del deudor se presenta como una consecuencia o resultado de la conducta de alzamiento que ha superado el espacio del riesgo permitido. Así, la insolvencia del deudor es el resultado imputable al comportamiento típico del deudor²⁶⁵.

Al comprender a la insolvencia como resultado, cabe afirmar que ella puede producirse en ocasiones de modo inmediatamente posterior a la realización de la conducta del deudor, como en el caso del homicidio a través de un disparo a quemarropa. Sin embargo, puede existir así mismo un distanciamiento espacio-temporal entre la realización de la conducta de alzamiento y la producción de la insolvencia. En este sentido, con mayor razón aún sería incorrecto calificar al alzamiento de bienes como delito de peligro abstracto, pues no es la mera acción de ocultación lo que le otorga relevancia penal, sino que lo relevante es aquella situación patrimonial a la que llega el deudor a consecuencia de su comportamiento. Tal situación es un estado de incapacidad patrimonial del deudor que debe denominarse insolvencia típica.

Por su parte, el daño al interés del acreedor no corresponde a la mera realización de la conducta típica de alzamiento, sino que el menoscabo se

²⁶⁵ De la misma opinión véase BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2010, p. 429; GONZÁLEZ TAPIA, «Artículo 257», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. VIII, 1999, p. 627.

debe al efecto que produce tal acción u omisión en el propio patrimonio del deudor. Ello es así, puesto que el acreedor mantenía unas expectativas de cobro en los bienes del deudor, en los cuales esperaba satisfacer su derecho de crédito para el caso de que este último incumpliera sus obligaciones. De esta forma el acreedor, al observar que el deudor vulnera de manera fraudulenta su propia garantía patrimonial, constata cómo éste último lesiona las expectativas de cobro que el ordenamiento jurídico le garantiza normativamente.

Por este motivo, en mi opinión no basta con la existencia de unas maniobras de ocultación de bienes para dar por consumado el delito. Por muchas maniobras fraudulentas que realice el deudor si mantiene bienes en su patrimonio con los que hacer frente a las consecuencias de su incumplimiento no puede afirmarse que el acreedor sufra perjuicio alguno. El comportamiento del deudor ha de tener como consecuencia una lesión efectiva del derecho de crédito. En otras palabras, el efectivo menoscabo del derecho de crédito del acreedor se produce con la creación de un estado de incapacidad patrimonial del deudor.

Como puede observarse, me adhiero a la tesis del tipo de injusto de resultado de lesión que anteriormente se analizó. Sin embargo, y hablando ya dentro del panorama de las posturas que comprenden el delito de alzamiento de bienes como delito de resultado y de lesión, creo que el aspecto referente al vencimiento del crédito como requisito para la consumación debe ser sometido a revisión a la luz de la influencia y los efectos que ejerce el Derecho privado en la insolvencia del deudor. Me refiero en particular a las consecuencias que produce la insolvencia del deudor de acuerdo a las normas del Derecho civil. El motivo de recurrir al Derecho civil y no al mercantil es que las normas del Derecho mercantil (en concreto en la Ley Concursal) están dirigidas al deudor declarado en

concurso de acreedores. Por el contrario, el Derecho civil regula los efectos de la insolvencia del deudor no declarado en concurso, como es el caso del deudor del delito de alzamiento de bienes²⁶⁶.

Ahora bien, en esta etapa de desarrollo del presente trabajo era necesario tomar postura sobre la discusión acerca de la naturaleza del injusto: si se trataba de un delito de peligro o de lesión. Una vez aclarado esto, creo que el mejor momento analítico para abordar el tema de la consumación corresponde al capítulo referente a la tentativa. Allí se analizará si cabe esperar al vencimiento de la deuda o exigibilidad del crédito o si, por el contrario, la consumación ya concurre con la producción del resultado de insolvencia.

²⁶⁶ Véase al respecto el art. 1129 del Código Civil

CAPÍTULO II

LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO

DE ALZAMIENTO DE BIENES

I. LA RELACIÓN JURÍDICA PREVIA

De la descripción legal del art. 257.1.1º CP se deduce inevitablemente que es necesaria la existencia previa de una relación jurídica obligacional para que el acreedor pueda ser perjudicado por la conducta de su deudor. Se trata de un presupuesto típico extrapenal. Sólo en virtud de tal relación jurídica obligacional previa es posible entender la existencia de un acreedor que resultará perjudicado y de un deudor que se alce con sus bienes con perjuicio de su acreedor. Para perjudicar al acreedor en el plano de los delitos de insolvencia se debe contar en primer término con la condición de deudor.

Por el contrario, si la insolvencia es anterior al nacimiento de la relación jurídica y se engaña sobre la solvencia para obtener un crédito, lo que podría existir es un delito de estafa por engaño acerca de la capacidad económica del autor, cuya intención es obtener la disposición patrimonial de la víctima simulando una capacidad económica que no se tiene²⁶⁷.

En la dogmática de los delitos de insolvencia se utilizan diversos conceptos para intentar referirse a un mismo asunto, esto es, al vínculo jurídico existente entre dos partes que serán por lo general los sujetos

²⁶⁷ Aisladamente García Sánchez acepta el alzamiento de bienes antes de que exista una relación jurídica obligacional previa a la insolvencia, opinión rechazada por la doctrina mayoritaria. Véase GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el alzamiento de bienes*, 2003, pp. 224 y ss.

activo y pasivo del delito de alzamiento de bienes. En ocasiones se habla de la «deuda», en otras de «obligación» y algunas veces, por contrapartida, se hace referencia al concepto de «crédito». La doctrina civilista aconseja utilizar la expresión «relación obligatoria» para referirse, más allá de la correlación ideal entre crédito y deuda, a la entera relación jurídica que entre las partes existe y que se crea para cumplir finalidades económicas²⁶⁸. No obstante, desde el punto de vista penal es suficiente aludir a ese vínculo normativo entre deudor y acreedor como relación jurídica previa u obligación, esto es, al esquema estricto de la correlación crédito-deuda, ya que con el concepto de obligación se alude también a la situación que determina un deber jurídico y que provoca así mismo la adquisición de derechos²⁶⁹.

Si se habla del crédito del acreedor es porque existe una obligación del deudor. Cuando tal obligación consiste en pagar una determinada suma de dinero toma el nombre de obligación pecuniaria o deuda en la cual el objeto propio de la prestación es una suma de dinero²⁷⁰. Atendiendo a la conducta del deudor, las obligaciones se clasifican en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer²⁷¹. Se sostiene que la obligación que subyace a la relación jurídica previa al alzamiento de bienes debe pertenecer en todo caso a la clase de obligaciones de dar, ya que las obligaciones de hacer no son susceptibles, inicialmente, de ser exigidas mediante el embargo o

²⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., vol. II, 2008, p. 65.

²⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., vol. II, 2008, p. 64.

²⁷⁰ LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil. Derecho de obligaciones*, 14ª ed., 2010, p. 76.

²⁷¹ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil. Derecho de obligaciones*, 14ª ed., 2010, p. 46.

procedimiento ejecutivo de apremio y sólo a través de su cumplimiento sustitutorio se pueden transformar en obligaciones de dar²⁷².

Son justamente este tipo de obligaciones de dar las que constituyen el requisito de la relación jurídica previa necesaria para la existencia de un delito de alzamiento de bienes, pues con la existencia de una deuda pecuniaria hay también un derecho de crédito económicamente evaluable. Esto ya lo ha puesto de relieve QUINTERO OLIVARES quien destaca que lo único realmente importante es el contenido de la obligación, que siempre habrá de ser el de dar una prestación económicamente evaluable, pues no debemos olvidar, señala este autor, que se trata de un delito contra el patrimonio, y que el derecho de crédito tiene un valor económico integrado en el patrimonio del acreedor²⁷³.

La doctrina está de acuerdo en que el delito de alzamiento de bienes se estructura bajo la premisa de que exista una relación jurídica de la cual nace un derecho de crédito, de manera que la preexistencia de una relación jurídica obligatoria constituye un *presupuesto objetivo* de su tipicidad²⁷⁴, pues es necesario que se haya dado lugar a una relación jurídica obligatoria de la que surja el deber de pago y el correspondiente derecho de crédito²⁷⁵. La misma doctrina ha afirmado que esta deuda ha de ser existente al tiempo de la comisión de la conducta típica, es decir, ha de ser previa a los actos de alzamiento. Ya que si la situación de insolvencia se genera en un primer momento, y luego, en un segundo

²⁷² Así STS núm. 667/2002 de 15 de abril (RJ 2002/667).

²⁷³ QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico», en QUINTERO (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8ª ed., 2009, p. 715.

²⁷⁴ CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 208.

²⁷⁵ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 219.

momento, se contrae la deuda, podríamos hallarnos, como hemos dicho anteriormente, ante un supuesto de estafa y no de alzamiento de bienes²⁷⁶.

También se requiere que la obligación haya sido válidamente contraída o tenga un origen justificado en la ley²⁷⁷. En definitiva, sin relación jurídica previa no hay deudor; al no existir el acreedor, no hay posibilidad de delito. Por más que un sujeto crea que es deudor y lleve a cabo la conducta de alzamiento de bienes, no podrá ser autor de alzamiento de bienes. En todo caso podría hablarse de un delito putativo que resulta siempre impune. Y ello porque la determinación de lo que es delito y de lo que no, le corresponde a la Ley y no a la opinión del sujeto que no puede convertir en punible un hecho que no castiga la Ley²⁷⁸.

Además de la protección al crédito que nace de las relaciones jurídicas entre particulares se afirma que los créditos u obligaciones que reciben protección a través del delito de alzamiento pueden ser también de naturaleza pública²⁷⁹. En efecto, la discusión de si el alzamiento de bienes brindaba protección a obligaciones en que el acreedor era una persona jurídica de derecho público ha sido zanjada por el CP de 1995 al incluir una norma en el 257.2, que estipula que lo dispuesto en el tipo básico del alzamiento de bienes será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir. Con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada. La doctrina ha señalado que esta

²⁷⁶ MAZA MARTÍN, en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Empresa y derecho penal (I). Cuadernos de derecho judicial*, 1998, p. 295.

²⁷⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, p. 67.

²⁷⁸ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, p. 364.

²⁷⁹ VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 50.

norma viene a zanjar la controversia suscitada durante la vigencia del Código anterior al de 1995 en torno a si las relaciones crediticias surgidas en el ámbito del Derecho público quedaban o no cubiertas por el delito de alzamiento de bienes²⁸⁰.

Volviendo a la existencia de la relación jurídica previa como requisito básico en la configuración del delito de alzamiento, puede observarse en la jurisprudencia que la existencia de este vínculo jurídico es uno de los primeros requisitos que aprecia. Al respecto, se señala que debe concurrir «*la existencia de un o más créditos contra el sujeto activo como presupuesto básico*»²⁸¹. Es más, recientemente el Tribunal Supremo ha señalado que «*constituye presupuesto de esta figura penal la existencia de obligaciones jurídicamente válidas que, en principio, deberán ser anteriores al estado de insolvencia*»²⁸².

Como se ha observado, doctrina y jurisprudencia consideran necesaria la existencia de una obligación como requisito intrínseco del tipo. Sin embargo, la discusión radica en si esta obligación debe estar vencida y ser exigible para afirmar la existencia del delito o si, por el contrario, cabe afirmar la comisión de un alzamiento de bienes antes de que la obligación se encuentre vencida. Justamente en este punto puede observarse una evolución o cambio de paradigma en la jurisprudencia que ha pasado de exigir una obligación vencida a que, en la actualidad, que no sea necesario que la deuda se encuentre vencida ni sea exigible sino que baste con que sea lícita y haya nacido jurídicamente.

²⁸⁰ CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 208.

²⁸¹ Véase ATS de 26 de octubre de 2001 (RJ 2002\404); STS núm. 2219/2001 de 27 de noviembre (RJ 2002\1284). Para más sentencias véase nota al pie 139.

²⁸² STS núm. 684/2009 de 15 de junio (RJ 2009\6644).

1. El estado de la obligación

Existe una discusión acerca del *estado* en que ha de encontrarse la obligación para afirmar que se cumple con el requisito de la relación jurídica previa. Si debe tratarse de créditos vencidos, líquidos, exigibles o basta que simplemente con que la obligación haya nacido. Observa SILVA SÁNCHEZ que la evolución en la jurisprudencia española sobre este punto ha ido reflejando un cambio de perspectiva progresivamente restrictivo de los espacios de libertad del deudor. Así por un lado, se ha pasado de modelos en los que la conducta típica del alzamiento se ceñía a la frustración de créditos existentes, vencidos, líquidos y exigibles, a otro modelo en el cual basta con que la conducta frustre créditos existentes (pero no vencidos, ni líquidos ni exigibles) e incluso créditos futuros²⁸³.

Efectivamente en un principio la jurisprudencia exigía para apreciar la tipicidad «*la existencia de uno o varios créditos, reales, exigibles y legítimos*»²⁸⁴. Cuestión que fue criticada por la doctrina por el motivo de que en realidad el tipo exige que se esté en «presencia de un deudor», y que se es deudor desde que nace la obligación, no importando si está líquida, vencida o si es exigible²⁸⁵ y que por lo demás el *momento* desde el cual se puede cometer el delito es el siguiente al nacimiento de la obligación y no el del vencimiento de la deuda²⁸⁶.

Hoy en día, la jurisprudencia se ha acercado al segundo modelo según el cual basta con uno o más créditos existentes sin necesidad de que se

²⁸³ SILVA SÁNCHEZ, «¿Cuándo se incurre en alzamiento de bienes?», *Economist & Jurist*, 2007, p. 76.

²⁸⁴ STS de 24 de octubre de 1979 (RJ 1979\3747); STS de 17 de octubre de 1981 (RJ 1981\3666).

²⁸⁵ DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP*, 1994, p. 20.

²⁸⁶ VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 47.

encuentren vencidos, pues afirma que se cumple con el requisito de la existencia de la relación crediticia válida también cuando se está en presencia de créditos de inminente vencimiento, liquidez o exigibilidad²⁸⁷. En otras palabras, en cuanto al estado de la obligación no hace falta que el crédito sea exigible, sino que basta con que exista o sea de inminente vencimiento. Así puede observarse en algunas sentencias del Tribunal Supremo cuando contempla la posibilidad de *«que cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes»*²⁸⁸. O en el mismo sentido sólo se exige que *«han de existir uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que cuando la ocultación se produce todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles...»*²⁸⁹.

La opinión expuesta corresponde a la doctrina dominante en la jurisprudencia. Así, para los Tribunales basta con la existencia de uno o varios créditos reales, sin necesidad de que esos créditos estén vencidos ni de que sean líquidos en el momento del alzamiento. De acuerdo con esta concepción el actual modelo jurisprudencial es más restrictivo para la libertad de actuación del deudor que aquel que exigía un crédito vencido, pues en el primer modelo se entiende que la necesidad del vencimiento como requisito comisivo sería desnaturalizar la esencia de este acto defraudatorio. Ya que en opinión de la jurisprudencia es precisamente el temor a que llegue el momento del cumplimiento de la deuda lo que

²⁸⁷ STS de 5 de julio de 2005 (RJ 2005\5334).

²⁸⁸ STS núm. 1101/2007 de 27 de diciembre (RJ 2008\48).

²⁸⁹ STS núm. 732/2000 de 27 de abril (RJ 2000\3306).

induce al deudor a evitarlo con la necesaria anticipación, deshaciéndose de todos sus bienes o parte de ellos para así caer en insolvencia e impedir o dificultar a los acreedores el cobro de lo debido²⁹⁰.

En consideración a la deuda no vencida, señala con énfasis BENEYTEZ que la exigencia tradicional de la jurisprudencia ha sido dulcificada actualmente en el sentido de que, nacida una obligación, nada impide que se realice la ocultación propia del alzamiento de bienes antes del vencimiento del crédito cuando la misma no resulte aún exigible²⁹¹. El modelo vigente de comprensión resulta coherente y plausible si se parte de que del tipo penal sólo se desprende el requisito de existencia de una relación jurídica obligacional o crediticia entre dos partes sin consideración al estado en que ella se debe encontrar.

2. La naturaleza de la obligación

Se señaló anteriormente que tanto el crédito privado como el público pueden ser objeto de protección a través del tipo delictivo de alzamiento de bienes. Ello queda de manifiesto especialmente con la reforma realizada al Código Penal de 1995 mediante la Ley 5/2010, de 22 de junio que incluyó una disposición que agrava la pena de prisión hasta un máximo de 6 años cuando el crédito que se trate de eludir a través del alzamiento sea de un acreedor persona jurídica de Derecho público. Sin embargo, no basta con que el acreedor sea una persona de Derecho público, sino que se exige además, en virtud del art. 257.3, que la deuda u obligación que se trate de eludir sea una *obligación de derecho público*.

²⁹⁰ Véase STS núm. 684/2009 de 15 de junio (RJ 2009\6644).

²⁹¹ BENEYTEZ, «§ 12. Las insolvencias punibles», en BACIGALUPO (dir.), *Curso de derecho penal económico*, 2ª ed., 2005, p. 239.

Antes de la reforma derivada de la Ley 5/2010, de 22 de junio, el régimen era de igualdad entre acreedor persona privada y acreedor persona jurídica de derecho público. Sin embargo, de esta agravación de la pena para los casos del acreedor persona jurídica de derecho público, parece desprenderse que el legislador ha considerado que tal régimen era injusto. Sin embargo, tal injusticia resulta difícil de apreciar. Más bien se trata de un incremento de punición desproporcionado²⁹².

En el Preámbulo de la Ley 5/2010 el legislador se limita a señalar muy concisamente lo siguiente: *“En el delito de alzamiento de bienes se han agravado las penas en los supuestos en que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, así como cuando concurren determinadas circunstancias entre las que destaca la especial gravedad, en función de la entidad del perjuicio y de la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”*.

Para que exista la agravación de la pena se deben cumplir conjuntamente ambos. Destaca QUINTERO OLIVARES que el criterio de la obligación de derecho público es el que facilita la interpretación del tipo cualificado porque sólo con la referencia al acreedor persona jurídica pública se pueden presentar problemas ya que con esta naturaleza existen diversos entes que tienen dimensiones públicas y privadas (por ejemplo los Colegios Profesionales, que realizan actividades privadas pero a la vez se les reconocen legalmente funciones públicas)²⁹³.

²⁹² QUINTERO OLIVARES, «Las agravaciones de la pena del alzamiento de bienes en caso de deudas o acreedores de derecho público o de cualificaciones de la estafa», en QUINTERO OLIVARES, (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 222 y 223.

²⁹³ QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010. Análisis y Comentarios*, 2010, p. 222

II. LA CONDUCTA TÍPICA. EL CONCEPTO DE ALZAMIENTO

El Derecho positivo no otorga una definición de lo que entiende por alzamiento de bienes. En concreto desde el Código penal de 1848 la descripción legal del delito de alzamiento de bienes ha permanecido invariable hasta la actualidad. En dicho cuerpo normativo se establece ya lo que sería la redacción del tipo básico de alzamiento de bienes hasta el Código Penal de 1995. Así, en el capítulo IV del Código penal de 1848 correspondiente a la sección de las defraudaciones, el art. 432 sancionaba a «el que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores». De acuerdo a lo anterior la determinación y alcance del concepto de “alzarse con los bienes” ha sido una labor realizada constantemente por la doctrina y jurisprudencia.

El hecho de que la redacción del tipo básico de alzamiento continúe invariable en el tiempo ha contribuido a generar un acuerdo amplio en la doctrina y jurisprudencia en referencia a que la conducta del deudor siempre se dirige sobre sus propios bienes. Aspecto que por lo demás representa la singularidad de este delito, a diferencia de otros delitos patrimoniales, como el hurto o el robo, en que la conducta recae directamente sobre el patrimonio ajeno. En el caso del alzamiento de bienes se trata de una actuación del autor que recae sobre su propia esfera patrimonial. Como no es un delito cuya forma de comisión sea el de una injerencia directa en una esfera jurídica ajena a través de una agresión, puede afirmarse que se trata entonces, en consecuencia, de un delito de relación. De ahí que se entienda que es necesaria, antes de la comisión del hecho típico, la existencia de una interacción entre autor y víctima. En el caso concreto del alzamiento de bienes, de una relación entre acreedor y deudor.

Respecto a la conducta típica actualmente se encuentra superada la referencia a la huida del deudor con sus bienes como conducta de «alzarse». La referencia a la huida del deudor como la acción del delito era una noción característica de una sociedad en cuya configuración normativa la responsabilidad por las deudas recaía en la propia persona del deudor y no en su esfera patrimonial como sucede actualmente. Esta evolución de una responsabilidad personal a una patrimonial del deudor, que es algo que parece evidente, ha tenido que recorrer un largo camino. De hecho, en el antiguo Derecho español subsistió el originario sistema de la responsabilidad personal aunque sólo como subsidiario de la responsabilidad con los bienes²⁹⁴.

En el panorama doctrinal actual, puede observarse que hay una noción transversal sobre el concepto de alzarse y que se encuentra presente en las diversas posturas sobre la conducta típica de alzamiento, tal y como veremos a continuación. Tal noción viene dada por los conceptos de «ocultación» o de «sustracción» como equivalentes al de alzamiento. No obstante, cabe advertir que el término ocultación no ha sido utilizado única y exclusivamente para designar la conducta de alzamiento de bienes contenida en el art. 257.1 del CP vigente. La doctrina lo ha utilizado para referirse también a la forma de comisión de todos los delitos relativos a las distintas figuras de las insolvencias punibles. Pues de una forma u otra, ya sea por expresa disposición de la Ley o por la interpretación de los autores, los conceptos de «ocultación» y de «sustracción» de bienes han sido el paradigma interpretativo del alzamiento de bienes y en general de los delitos de insolvencia.

²⁹⁴ Véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., vol. II, 2008, p. 148.

Las referencias a los conceptos de ocultación y sustracción se observan desde temprano en la doctrina alemana desde tiempos de VON LISZT. Este autor utilizaba el concepto de ocultación para referirse a los hechos típicos de bancarrota del Derecho penal alemán. VON LISZT señalaba que «bancarrota es la lesión o peligro de los derechos de crédito del acreedor por parte del deudor a través de la disminución dolosa o imprudente del propio patrimonio o a través de la *ocultación* de activos patrimoniales»²⁹⁵. Por otra parte, y haciendo alusión a la sustracción como forma de bancarrota, también se pronunciaban así ZIRPINS y TERSTEGEN. Estos autores señalaban que la conducta de bancarrota era «la *sustracción* del patrimonio al conocimiento del administrador concursal o de los acreedores»²⁹⁶.

Actualmente la doctrina alemana, por la expresa disposición del § 283. (1).1 StGB²⁹⁷, sigue refiriéndose a la ocultación (*verheimlichen*) como conducta típica del deudor en los delitos de insolvencia, pues la ocultación consiste en una forma de apartar del conocimiento del acreedor la existencia de patrimonio²⁹⁸. Sin embargo, no sólo la ocultación de bienes constituye un comportamiento típico de insolvencia en el Derecho penal alemán. También se encuentran expresamente establecidas en el StGB conductas típicas de insolvencia como el hacer desaparecer (*beiseiteschaffen*), destruir (*zerstören*), dañar (*beschädigen*), inutilizar o hacer inutilizable (*unbrauchbar machen*) bienes o partes del patrimonio.

²⁹⁵ VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 22ª ed., 1919, p. 447. La cursiva es mía.

²⁹⁶ Véase ZIRPINS/TERSTEGEN, *Wirtschaftskriminalität*, 1963, p. 981. La cursiva es mía.

²⁹⁷ El § 283 del StGB tipifica las diversas conductas de bancarrota.

²⁹⁸ Véase WEYAND/DIVERSY, *Insolvenzdelikte*, 8ª ed., 2010, p. 74; TIEDEMANN, *LK*, 12ª ed., 2009, «§283», nm. 38.

En particular, la desaparición (*beiseiteschaffen*) y ocultación (*verheimlichen*) constituyen conductas mediante las cuales el deudor puede hacer desaparecer bienes activos patrimoniales, disminuyendo real o aparentemente su patrimonio²⁹⁹.

Observando el panorama doctrinal español, ya desde tiempos de PACHECO, la conducta de alzamiento también ha sido comprendida bajo los contornos de la noción de ocultación. Este autor señalaba al respecto en su Comentario al Código Penal, que «alzarse es huir llevándose todo lo que pertenece a los acreedores; o por lo menos, *ocultar* universalmente los bienes para que aquellos no los pudieran encontrar»³⁰⁰. Otro comentarista de la época, VIADA Y VILASECA, señalaba al comentar el delito de alzamiento de bienes que se entiende por alzado «todo aquel que oculta sus bienes en perjuicio de sus acreedores, bien se ausente o no, porque lo que constituye el *alzamiento*, es la ocultación de bienes, y no la fuga de la persona...»³⁰¹.

En consideración a lo anterior, lleva razón en cierta medida QUINTERO OLIVARES cuando destaca que la nota común que cabe destacar de entre los conceptos señalados por los antiguos comentaristas, es la constituida por la necesidad de que el acto de alzamiento haga ilusorios los créditos de los acreedores del alzado³⁰². Sin embargo, cabe precisar que esa nota común de hacer ilusorios los créditos del acreedor estaba constituida por la común comprensión de que alzarse con los bienes consistía en ocultar

²⁹⁹ TIEDEMANN, *LK*, 12ª ed., 2009, «§283», nm. 14.

³⁰⁰ PACHECO, *El código penal. Comentado y concordado*, 6ª ed., 1888, p. 338. La cursiva es mía.

³⁰¹ VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870. Concordado y Comentado*, 2ª ed., t. II, 1877, p. 241.

³⁰² QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, p. 55.

los bienes. No es extraño por lo tanto que tal comprensión del alzamiento de bienes como ocultación de bienes haya permanecido casi inalterable a través del tiempo.

Ahora bien, el concepto de ocultación como forma comprender el delito de alzamiento se encuentra presente también en las diferentes propuestas doctrinales que existen en el panorama doctrinal más reciente. No se pretende a continuación hacer una referencia a todos los autores que proporcionan una definición de la conducta de alzarse. Sin embargo, deben observarse las opiniones más representativas de la doctrina científica de donde podemos obtener unos puntos en común y, en base a ello, establecer una imagen de la comprensión de la conducta típica en la actualidad.

Al respecto autores como MUÑOZ CONDE, desde la aparición de su tesis doctoral sobre el alzamiento de bienes, han sostenido que «alzarse con sus bienes equivale a ocultarse con sus bienes, a insolventarse»³⁰³. También, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ sostiene que la acción de alzarse con los bienes debe ser entendida como la «acción fraudulenta de ocultación de los bienes por parte del deudor con el fin de eludir la pretensión crediticia del acreedor»³⁰⁴. Por su parte, VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, señalan que alzarse equivale a «ocultar los propios bienes, en el sentido de quedárselos o distraerlos para eludir la satisfacción de obligaciones anteriores, sustrayéndolos a las responsabilidades a que están sujetos a tenor del art. 1911 del Código Civil»³⁰⁵.

³⁰³ Véase MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 113.

³⁰⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial.*, 4ª ed. 2013, p. 60.

³⁰⁵ VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, pp. 52 y 53.

Se refieren al término «sustracción» como equivalente al de alzamiento autores como SOUTO GARCÍA y QUERALT JIMÉNEZ. Para la primera, «el termino alzarse puede definirse como la sustracción de todo o parte de los bienes de un deudor a la función de garantía que le es propia, cualquiera sea el mecanismo que se utilice para lograr esa finalidad»³⁰⁶. Para el segundo autor, alzarse «significa sustraer todos, o parte de los bienes al cumplimiento de las obligaciones contraídas»³⁰⁷.

La doctrina también suele coincidir en que la consecuencia de la conducta del deudor es la situación de insolvencia que crea frente a su acreedor. En esta línea, se viene señalado que la acción de alzamiento consiste en hacer desaparecer u ocultar, por cualquier procedimiento, todos o parte de los bienes, «para quedar en situación de insolvencia total o parcial frente a los acreedores»³⁰⁸. De hecho algunos autores han resaltado que lo relevante no es la modalidad de la conducta en sí, «sino que se cause o agrave la situación de insolvencia que impida a los acreedores satisfacer sus créditos»³⁰⁹. En este sentido se señala por algunos autores que la conducta de alzarse consiste en colocarse en situación de insolvencia frente a los acreedores³¹⁰. En la misma línea para otros autores se trata de «aparecer insolvente ante los acreedores, con la finalidad de frustrar la realización

³⁰⁶ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 270.

³⁰⁷ QUERALT JIMÉNEZ. *Derecho Penal Español. Parte Especial.*, 6ª ed., p. 750.

³⁰⁸ SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*, 14ª ed., 2009, p. 459.

³⁰⁹ POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, en *Estudios sobre la ley concursal, L-H a Manuel Olivencia*, 2005, p. 5025.

³¹⁰ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 419.

de sus créditos, alejando intencionadamente el patrimonio de la responsabilidad contraída con los acreedores»³¹¹.

De acuerdo a lo señalado hasta ahora me parece necesario afirmar que la destrucción de bienes también constituye una forma de ocultación, pues igualmente por medio de tal comportamiento se hacen desaparecer bienes que estaban destinados a cumplir con la función de garantía patrimonial para la satisfacción del derecho de crédito del acreedor. En este sentido se pronunciaba también BINDING al referirse a los casos de bancarrota del Derecho penal alemán, cuando sostenía que la ocultación del patrimonio puede acontecer con frecuencia a través de la eliminación misma de bienes³¹². En tal sentido, no veo motivos para que la destrucción deba quedar fuera de la modalidad típica de alzamiento de bienes o del delito concursal según corresponda, pues en definitiva, la ocultación de bienes no exige que el deudor se quede con los bienes o que los transfiera a un tercero sino que frustre la posibilidad de que el acreedor satisfaga su pretensión crediticia en ellos. Tal frustración de estas expectativas de cobro puede ser producida justamente por la destrucción del propio patrimonio.

Como se ha observado, la comprensión de la conducta de alzamiento como ocultación es ampliamente aceptada por la opinión dominante. Sin embargo, la concreción de la conducta típica de alzamiento ha ido más allá del concepto de ocultación. Así, la doctrina ha establecido que esta ocultación de bienes puede llevarse a cabo de más de una forma. Al respecto, la opinión ampliamente mayoritaria sigue una distinción que divide en dos grupos las formas posibles de ocultación de bienes. Por un

³¹¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, en LÓPEZ/ZUGALDÍA (coord.), *Dogmática y Ley penal. L-H a Enrique Bacigalupo*, t. II, 2004, p. 1157.

³¹² BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, 1902, p. 432.

lado se habla de la *ocultación material* de bienes y, por otro, de la *ocultación jurídica*³¹³. Esta distinción también seguida por la doctrina alemana, ha seguido inalterable durante todo el siglo pasado y el presente tanto para los casos de las conductas de ocultación como de desaparición de los bienes del deudor. Pues, como se sostiene en la doctrina alemana, «la disminución del patrimonio del deudor puede realizarse a través de una desaparición real o jurídica de bienes»³¹⁴.

Tanto en los caso de ocultación física y jurídica de bienes, existe una innumerable casuística. Debido a ello la doctrina suele trabajar con una constelación de varios casos. En particular, a modo de ejemplo, se indica que la ocultación jurídica se realiza generalmente a través de la transmisión del patrimonio a parientes cercanos, transmisión de inmuebles a terceros, empeño o cesión de bienes, realización de transferencias

³¹³ Siguen tal clasificación entre otros FARALDO CABANA, «De las insolvencias punibles», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al código penal*, 2010, p. 993; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 271; CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 229; GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VII). Las insolvencias punibles. Alteración de precios en concursos y subasta. Daños. Disposiciones comunes», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de derecho penal español. Parte especial*, 2005, p. 545 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA *et al* (coord.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, p. 1158; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 115 y ss.; QUINTERO OLIVARES, en *Derecho penal económico*, 2001, p. 515; DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP*, 1994, p. 16.

³¹⁴ RADTKE/PETERMANN, *MK*, 2ª ed., 2014, «§283», nm. 13; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, 3ª ed., 2011 p. 259; EL MISMO, *LK*, 12ª ed., 2009, «§283», nm. 25; BOSCH, *StGB Kommentar*, 2009, «§283», nm. 4; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 57ª ed., 2009, «§283», nm. 4; ZIRPINS/TERSTEGEN, *Wirtschaftskriminalität*, 1963, p. 981.

bancarias de dinero desde la empresa a una cuenta privada independiente de la sociedad deudora, etc.³¹⁵.

Detallando un poco más estos grupos de casos y respecto a la modalidad referida a la ocultación física del patrimonio basta con ocultar los bienes del alcance de las acciones que sobre ellos pudieran ejercitar los acreedores para ejercitar su derecho de crédito. En particular, tal forma de ocultación tendrá lugar si los bienes son géneros, mercancías, dinero y demás bienes muebles que puedan trasladarse fácilmente u ocultarse a la vista de los acreedores³¹⁶. En la actualidad, en que domina una economía financiera habría que agregar dinero efectivo, cheques al portador o cualquier otro título, valor o instrumento financiero en el que pueda materializarse la satisfacción del derecho de crédito del acreedor.

En los casos de ocultación física, los bienes siguen estando jurídicamente en el patrimonio del acreedor, permanecen en su esfera jurídica. Sin embargo, lo que en estos casos sucede es que los acreedores no conocen el paradero de éstos para ejercer sobre ellos las acciones correspondientes. Ejemplos de esta forma de ocultación pueden ser innumerables. Puede pensarse en el traslado que hace una empresa deudora de sus mercancías desde la bodega donde estaban almacenadas a un sitio donde los acreedores no puedan ejercer su derecho de satisfacción mediante el proceso ejecutivo correspondiente. El traslado de varios vehículos que se tenían como garantía de cumplimiento de los derechos de créditos a una nave industrial o incluso a otro país. La ocultación de maquinaria de una

³¹⁵ Para más constelaciones de diversos casos que maneja la doctrina alemana más reciente véase RINJES, en MOMSEN/GRÜTZNER (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2013, pp. 878 y ss.; BOSCH, *StGB Kommentar*, 2009, «§283», nm. 4 y 6.

³¹⁶ Por todos MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 116.

empresa deudora con la cual el acreedor pensaba hacerse pago en caso de incumplimiento de la deuda, etc.

La segunda modalidad de ocultación es aquella que se realiza generalmente a través distintas operaciones jurídicas, como contratos de compraventa, donaciones, o cualquier forma jurídica que transfiera la propiedad de los bienes a un tercero, ya sea éste persona natural o persona jurídica. La ocultación jurídica se empleará en particular cuando se traten de sacar del patrimonio bienes inmuebles³¹⁷. A través de tales actos jurídicos, se intenta dotar de legalidad una actuación que constituye la sustracción del patrimonio del deudor para no hacer frente a las consecuencias del incumplimiento de éste. Las modalidades de la ocultación jurídica son normalmente la enajenación de bienes sin la contraprestación económica correspondiente, la constitución de hipotecas o gravámenes y la donación de patrimonio a terceros. En general cualquier contrato simulado que suponga la salida de bienes con el objetivo de evitar que en ellos satisfagan los acreedores sus derechos de créditos. Se trata de todas aquellas conductas, por medio de las cuales el deudor busca aparecer insolvente frente a sus acreedores.

El punto a destacar aquí desde la perspectiva de la tipicidad de esta forma de ocultación es que la contraprestación económica que supone una enajenación o transferencia de los bienes no ingresa en la esfera patrimonial del deudor. De tal forma el acreedor al intentar cobrar en el patrimonio del deudor no encuentra bienes suficientes porque éstos han sido transferidos a un tercero. Lo fraudulento de esta disposición patrimonial viene dado por la inexistencia de la contraprestación económica. De ello deriva que el *único sentido posible* al interpretar tal operación jurídica sea el de defraudar las expectativas de cobro del

³¹⁷ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 116.

acreedor sacando los bienes del patrimonio. Así mismo, también es posible que el precio fijado en la venta sea escandalosamente bajo en relación a un precio de mercado y aun cuando exista esa contraprestación que ingresa en la esfera patrimonial del deudor, igualmente el *sentido* de tal operación sea el de defraudar al acreedor.

Respecto a la opinión de la jurisprudencia cabe afirmar que también predomina el concepto de ocultación de bienes como conducta de alzamiento. Ya sea en su modalidad de ocultación física como en la ocultación jurídica. En este sentido, puede observarse que para la jurisprudencia alzarse con los bienes *“equivale actualmente a la ocultación o sustracción de todo o parte del activo del deudor, de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar algún elemento patrimonial en el que cobrarse”*³¹⁸.

Respecto a la ocultación a través de medios jurídicos, se sostiene que ella se realiza *“a través de algún negocio jurídico por el cual se enajena alguna cosa a favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen, o se sustrae un elemento del activo patrimonial de modo que se impida o dificulte la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravámenes verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación,*

³¹⁸ STS núm. 1388/2011 de 30 de noviembre (RJ 2012\1817); STS núm. 1508/2000 de 28 de septiembre (RJ 2000\8263); STS núm. 732/2000 de 27 de abril (RJ 2000\3306); STS núm. 562/2000 de 31 de marzo (RJ 2000\3488); STS núm. 1203/2003 de 19 de septiembre (RJ 2003\6853); STS núm. 1347/2003 de 15 de octubre (RJ 2003\7756); STS núm. 1117/2004 de 11 de octubre (RJ 2004\8003); STS, núm. 1101/2007 de 27 de diciembre (RJ 2008\48); STS núm. 19/2006 de 19 de enero (RJ 2006\542).

*no disminuye en realidad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio*³¹⁹.

En general y más allá de las innumerables modalidades imaginables que puede encontrar el deudor para defraudar las expectativas de cobro del acreedor, puede sostenerse en consonancia con la doctrina dominante que alzarse con los bienes consiste en *cualquier acción u omisión que genere una situación de insolvencia real o aparente objetivamente imputable al deudor*. Lo relevante a efectos normativos será la situación de insolvencia en la que se coloque el deudor, pues a través de ella se sustraen los bienes a la función de garantía que les asigna el art. 1911 del CC³²⁰. El concepto anterior no choca con el de ocultación como equivalente a la conducta de alzarse. Lo que sucede es que aquí se entiende que la producción de la insolvencia fraudulenta es normativamente una ocultación o sustracción de los bienes a su función de garantía patrimonial del deudor. Lo importante no es la forma de la acción, sino la defraudación normativa de las expectativas de cobro que viene dada por la situación de insolvencia.

Con este concepto se expresa el *sentido fundamental* del delito que dice relación con el hecho de defraudar expectativas de cobro del acreedor *ya sea a través de una ocultación, destrucción o por otro medio idóneo que dé lugar a una insolvencia (al menos aparente) del deudor objetivamente imputable*. La afirmación de que la insolvencia sea objetivamente imputable quiere decir que ésta debe ser la consecuencia de un comportamiento del deudor que ha superado el nivel del riesgo permitido.

³¹⁹ STS núm. 1101/2007 de 27 de diciembre (RJ 2008\48).

³²⁰ Similar ROCA AGAPITO, *ADCo*, 2011, p.69; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, pp. 270 y ss.; BENEYTEZ MORENO, en BACIGALUPO (dir.), *Curso de derecho penal económico*, 2ª ed., 2005, p. 238.

En el fondo, la lesión del derecho de crédito del acreedor mediante la creación de una insolvencia se puede realizar por una acción pero también puede ser realizada por una omisión. Lo relevante no será el modo sino el hecho de que el deudor evite, por medio de la insolvencia, que los bienes cumplan con la función de garantía que les asigna el art. 1911 del CC. En este sentido lleva razón QUINTERO OLIVARES cuando dice que en realidad lo importante no sería el acto en sí mismo considerado, sino su efecto, esto es, que el deudor se muestre insolvente ante sus acreedores³²¹.

De acuerdo con el concepto de alzamiento propuesto, se concluye que toda conducta realizada por el deudor sobre su patrimonio que produzca su insolvencia y que no tenga ningún sentido de explicación económica más allá del de la defraudación de expectativas de cobro, podrá corresponder a una conducta típica de alzamiento de bienes. Con ello se abarca tanto la ocultación de bienes como también conductas irracionales, disposiciones del patrimonio contrarias a cualquier gestión ordenada de la propia esfera patrimonial, así como la destrucción de los propios bienes del deudor que dieran lugar a su insolvencia. De acuerdo con ello, normalmente la sustracción del patrimonio a su función de garantía se realizará mediante una ocultación de los bienes o también mediante una destrucción de ellos³²². Lo característico o aquello propio del comportamiento del deudor será que tal sustracción de los bienes a su función de garantía se realizará mediante la creación de una insolvencia real o aparente.

³²¹ Véase QUINTERO OLIVARES, en, *Derecho penal económico*, 2001, p. 516.

³²² La doctrina ha venido aceptando la destrucción del propio patrimonio como una modalidad típica de alzamiento de bienes. Véase al respecto SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 271; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 116.

Es verdad que el concepto de ocultación es más operativo que el de alzamiento. Sin embargo, es demasiado limitado para comprender la destrucción de bienes. Por el contrario, entender la conducta típica como aquí propongo supone incluir casos de destrucción de bienes como conducta típica. De acuerdo con lo que aquí se propone, constituirán ejemplos de conductas de alzamiento de bienes las tradicionales enajenaciones ficticias de bienes a través de contratos simulados en que no existe la contraprestación económica de la venta del bien que coloquen al deudor en una situación de insolvencia. También serán conducta típica la constitución de una hipoteca sobre el único bien que constituye la garantía patrimonial, el traspaso de bienes a sociedades pantalla, el cambio de titularidad de bienes a nombre de terceros, la venta de bienes a precio irrisorios, las donaciones que causen la insolvencia y cualquier conducta que por medio de la creación de la insolvencia sustraiga los bienes de su función de garantía patrimonial que pesa sobre el deudor. En definitiva, a través de las operaciones materiales y jurídicas descritas, las conductas del deudor sobre sus bienes no tienen sino *el único sentido* de defraudar las expectativas de cobro del acreedor. No obedecen, por el contrario, a ninguna operación económica, ni responden a un uso permitido de la libertad de disposición de bienes sin dejar de atentar contra expectativas jurídicas garantizadas al acreedor.

También cabe afirmar que constituye alzamiento de bienes la constitución de gravámenes sobre los bienes que haga imposible que estos cumplan con la función de garantía patrimonial a la que están destinados³²³. Por lo general se tratará de gravámenes ficticios para aumentar el pasivo del

³²³ En este sentido también BOIX/ANARTE, «Insolvencias punibles», en BOIX REIG (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, 2012, p. 329.

deudor³²⁴. Con la creación de tales gravámenes ficticios, se lesiona igualmente la pretensión del acreedor, pues se presenta una situación de insolvencia al no poder el acreedor liquidar el bien por tener un gravamen que pesa sobre él y que impide ejercitar sus derechos. En el fondo mediante la imposición de un gravamen, por ejemplo a un bien inmueble que constituye materialmente la garantía patrimonial del deudor, se afecta igualmente dicha garantía patrimonial y expectativa de cobro del acreedor, pues se sustrae ese bien del cumplimiento de su función propia que es responder frente al acreedor de las consecuencias del incumplimiento del deudor.

En estos casos de gravámenes infundados el deudor se presenta igualmente frente a su acreedor en una situación de insolvencia, pues se ha sustraído ese bien de la función que le corresponde que es la de satisfacer la expectativa de cobro del acreedor. En definitiva el gravamen del bien es en tal caso un medio idóneo para sustraerlo a la función de su garantía patrimonial³²⁵. Representa por ello una acción que produce, frente al acreedor, igualmente una situación de insolvencia fraudulenta. Pues la solvencia que no puede cumplir su función de garantía no es solvencia frente al acreedor.

En contra de la opinión de algunos autores³²⁶, cabe señalar que la tipicidad de la conducta de alzamiento no pasa por el hecho de que deudor «se queda con los bienes» ni que actué el deudor con un «ánimo de lucro» cuando se queda con ellos. Efectivamente el deudor puede mantener los

³²⁴ Véase SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 273.

³²⁵ En el mismo sentido ROCA AGAPITO, *ADCo*, 2011, p. 71.

³²⁶ NIETO MARTÍN, «Las insolvencias punibles en el nuevo código penal», *AP*, 1996, p. 778.

bienes dentro de su esfera de dominio, aunque ocultos del alcance de los acreedores. Sin embargo, en ningún caso hace falta que la conducta del deudor se lleve a cabo con un ánimo de lucro. Tal elemento subjetivo no se encuentra en el tipo y afirmar su existencia tendría como consecuencia que conductas como la destrucción de bienes o la realización de negocios ruinosos no pudieran ser considerados como posibles comportamientos típicos de alzamiento³²⁷. Claramente, esta última consecuencia no puede aceptarse, pues tales conductas de destrucción o negocios ruinosos son operaciones idóneas para producir dolosamente una situación de insolvencia del deudor.

Por último, una cuestión que ha pasado inadvertida sobre la conducta de alzamiento es aquella relativa al art. 257.1.2º del CP, denominado *alzamiento procesal*. En dicha norma las conductas típicas son realizar cualquier “acto de disposición” o “generador de obligaciones” sobre el patrimonio, que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extra judicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. Pues bien, el problema es que en esta norma no tienen cabida aquellas conductas de ocultación física del patrimonio sino sólo la sustracción de los bienes a través de actos jurídicos que transfieran la propiedad del bien. Ello por cuanto la ocultación física difícilmente puede ser entendida como un “acto de disposición” patrimonial. Particularmente si se entiende “disponer” como una forma de transferir el dominio del bien. De acuerdo con ello, la ocultación física sólo tiene cabida en el tipo básico del alzamiento de bienes, esto es, en el 257.1.1º y no en el numeral 2º del mismo artículo.

³²⁷ La destrucción de bienes también es admitida por la jurisprudencia. Véase al respecto STS núm. 1026/2006 de 26 de octubre (RJ 2006\9360); STS núm. 192/2008 de 18 de febrero (RJ 2005\5215); STS núm. 853/2005 de 30 de junio (RJ 2005\6646).

III. EL FAVORECIMIENTO DE ACREEDORES

El favorecimiento de acreedores es aquella situación en la cual un deudor que tiene varios acreedores paga a uno determinado quedando por motivo de ese pago insolvente ante los demás acreedores que ven su derecho de crédito lesionado ante la situación de insolvencia de su deudor. Piénsese por ejemplo en que A es deudor de B y C, paga la deuda al primer acreedor, quedando insolvente respecto de C. Cabe señalar que B y C son acreedores reales y con deudas también reales. La existencia de acreedores y créditos reales es presupuesto fundamental para que se afirme que no se trata de un favorecimiento de acreedores simulado en fraude de otros acreedores. Ya que si se paga a un acreedor que no es tal, o el crédito es inexistente, dicha conducta será una maniobra más para mostrarse insolvente frente a los verdaderos acreedores³²⁸.

La pregunta que surge en relación al favorecimiento de acreedores es la siguiente: ¿comete alzamiento de bienes el deudor que paga a uno o más acreedores perjudicando con ello a otros acreedores? Esta cuestión presenta una cierta paradoja en relación a si el deudor podría cometer el delito de alzamiento comportándose justamente como esperan todos sus acreedores, es decir, pagando. Lo paradójico es que si se afirmara que favorecer a un acreedor por sobre otro constituye un hecho típico, estaríamos ante la extraña situación de que un deudor que paga, comete un delito de insolvencia³²⁹.

³²⁸ En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 154.

³²⁹ Cabe señalar que el Código penal de 1995 en su Art. 259 tipificó una forma de favorecimiento de acreedores para el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud del concurso y sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado

La doctrina científica está de acuerdo en que estos casos de favorecimiento de un acreedor en perjuicio de otro no dan lugar a un delito de alzamiento de bienes³³⁰. No obstante, se discute acerca de por qué dicho comportamiento del deudor de favorecer a un acreedor, no da lugar a responsabilidad por alzamiento de bienes. Para un sector mayoritario de la doctrina, los supuestos de favorecimiento de acreedores no integran el delito de alzamiento de bienes porque estamos ante un caso de ausencia de tipicidad en la actuación del deudor. Se señala al respecto que el hecho de pagar no puede considerarse ocultación de bienes o que el pago a un acreedor que tiene como consecuencia la insolvencia del deudor no puede apreciarse un ánimo defraudatorio, pues la presencia del ánimo de favorecer a unos acreedores es incompatible con la intención de perjudicar a otros³³¹.

Otro sector doctrinal sostiene que en realidad estamos ante conductas justificadas. Esta última postura tiene singular importancia, ya que sostener que el pago a un acreedor posponiendo a otro da lugar a un supuesto de alzamiento no punible por estar justificado, equivale a reconocer que estamos frente a un hecho típico de alzamiento de bienes³³².

a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto. Por eso, en principio hay que distinguir el pago a uno o más acreedores antes de que se admita a trámite la solicitud de concurso y aquella en que ya se ha admitido. Así los casos complejos se presentan en realidad cuando el deudor no ha sido declarado en concurso.

³³⁰ Véase por todos GONZÁLEZ TAPIA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. VIII, 1999, p. 623.

³³¹ Véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, 2ª ed., t. III, 1978, p. 60.

³³² De la misma opinión CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 235.

Esta discusión acerca del fundamento de la ausencia de responsabilidad del deudor que favorece a un acreedor con perjuicio de otros se puede observar también en la jurisprudencia que, en ocasiones, resuelve con base en razones de atipicidad y en otras con base en argumentos de justificación³³³. A continuación se analizan las dos posturas que plantean el motivo de por qué el pago a un acreedor en desmedro de otro no constituye un delito de alzamiento de bienes.

1. Tesis de la atipicidad

Esta concepción considera que no puede producirse un delito de alzamiento cuando la conducta que realiza el deudor es justamente la de pagar una deuda a un acreedor. El deudor que paga cumpliría la prestación a la que estaba obligado y ello no puede ser típico a efectos del art. 257.1.1º del CP. Para esta corriente el acto de pagar no puede equivaler a alzarse con los bienes. Pagar no podría integrar la conducta de ocultación material o jurídica de bienes. En esta línea de pensamiento MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ sostiene que la interpretación de la expresión «alzarse con sus bienes», se opone a calificar estas conductas como típicas a los efectos del art. 257 del CP. En su opinión, y en la de buena parte de la doctrina que se posiciona por la atipicidad del favorecimiento de acreedores, en estas conductas de favorecimiento «no cabe afirmar que el autor se haya *quedado* con los bienes y que haya producido o aumentado su

³³³ Véase con amplias referencias jurisprudenciales, JORGE BARREIRO, «El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos» en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Derecho penal económico*, 2003, pp. 208 y ss.; También, OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 1997, pp. 97 y ss.

insolvencia»³³⁴. Por su parte, SOUTO GARCÍA excluye la punibilidad de los casos de favorecimiento de acreedores también por falta de tipicidad ya que en su opinión «pagar» no es equiparable a «ocultar» o a «alzarse»³³⁵. Bajo la misma postura de la atipicidad se ubican los autores VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC quienes esgrimen varios argumentos para desechar, desde la tesis de la ausencia de tipicidad, la responsabilidad del deudor para los casos de favorecimiento de acreedores. En primer lugar, en opinión de estos últimos autores, pagar a un acreedor no altera la situación patrimonial. En segundo lugar, pagar no es *alzarse*, esto es, pagar no es igual a ocultar bienes. En tercer lugar, señalan que existen otros mecanismos jurídicos para corregir, en su caso, posibles ilícitos civiles. Finalmente, afirman que si el legislador tipificó expresamente un caso de favorecimiento de acreedores en una situación concursal (véase art. 259 CP) *a contrario sensu* lo excluyó para el caso del alzamiento de bienes³³⁶. Comparte esta última opinión GARCÍA SÁNCHEZ que opina que si el CP tipificó expresamente un delito de favorecimiento de acreedores para los casos concursales a fin de reforzar la protección del principio de la *par conditio creditorum*, el favorecimiento de acreedores quedaría necesariamente carente de contenido como modalidad o forma de comisión de la conducta típica de alzamiento de bienes. Ello porque tal

³³⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 62; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 54.

³³⁵ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 282.

³³⁶ Véase VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 55 y 56.

modalidad delictiva no tiene relación con la esencia misma del principio rector de las normas concursales como lo es la *par conditio creditorum*³³⁷.

Basado en los criterios del riesgo permitido PAREDES CASTAÑÓN opina que la falta de tipicidad no se encuentra en la inexistencia de un ánimo defraudatorio o en la falta de una acción de «alzamiento» u ocultación de bienes, que en su opinión, evidentemente existe cuando se enajenan bienes en beneficio de otros acreedores. Para este autor, las anteriores explicaciones reinciden en una concepción del alzamiento de bienes sustentada en un sobrevalorado aspecto subjetivo, anclada en juicios de intenciones y en la idea que él señala como «colusión defraudatoria». Por el contrario, desde la perspectiva de este autor, la ausencia de tipicidad estriba en la libertad que tiene el deudor para decidir entre sus distintas deudas y acreedores de satisfacer (entre las ya vencidas) aquellas que considere oportuno, pues tal libertad del deudor forma parte del riesgo permitido del deudor³³⁸.

2. Tesis de la justificación

A diferencia de la posición anterior, otro grupo de autores argumenta que en los casos de favorecimiento de acreedores falta la antijuridicidad de la conducta por estar ésta justificada. Se señala al respecto que el deudor puede actuar en el legítimo ejercicio de un derecho al pagar la deuda a un determinado acreedor. BAJO y BACIGALUPO comienzan señalando que el favorecimiento de acreedores, si se realiza sin ánimo de perjudicar a los

³³⁷ GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 2003, p. 266.

³³⁸ Véase PAREDES CASTAÑÓN, «Lo subjetivo y lo objetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes» en QUINTERO/MORALES (coord.), *El nuevo derecho penal español*, pp. 1656 y ss.

acreedores postpuestos, es una conducta atípica; no obstante, aún concurriendo dicho ánimo la conducta está justificada porque el deudor obra en ejercicio de un derecho. Además sostienen que, para el caso de una enajenación de bienes para atender al estado de salud propio o de un familiar que coloque al deudor en estado de insolvencia, éste puede ampararse en el estado de necesidad como causa de justificación. Sin embargo, BAJO y BACIGALUPO resaltan que si existe un constreñimiento al deudor, bien sea por una prelación de créditos legalmente establecida en un procedimiento o bien porque las deudas solventadas no eran exigibles en tiempo y forma, no cabe causa de justificación alguna³³⁹.

También MUÑOZ CONDE señala al respecto que para el caso de favorecimiento de acreedores la solución es admitir una causa de justificación. Para este autor, en caso de conflicto entre acreedores, dos son los criterios que deben usarse. El primero de ellos es el de la exigibilidad de la deuda, que quiere decir que el deudor que pague créditos que no fueran exigibles no está justificado y comete por lo tanto el delito alzamiento de bienes. El segundo criterio corresponde al principio de la libertad del deudor para pagar las deudas del modo que mejor le parezca siempre que los acreedores estén en igualdad de condiciones, es decir, que no exista un orden legal establecido en un procedimiento para efectuar el pago y que los acreedores sean legítimos³⁴⁰. MUÑOZ CONDE señala también que para los casos en que el deudor tenga varios acreedores se está frente a una *colisión de deberes*, ya que al no poder satisfacer con su patrimonio todas sus deudas tiene que optar por satisfacer una parte de ellas³⁴¹.

³³⁹ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 431 y ss.

³⁴⁰ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 154 y ss.

³⁴¹ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 157.

Cabe señalar que existe colisión de deberes cuando el titular de dos deberes se encuentra en una situación en la que mediante el cumplimiento de un deber lesiona forzosamente el otro, y por tanto, comete una acción u omisión conminada con una pena³⁴². De acuerdo con ello, entre el conflicto de elegir entre una u otra deuda que cumplir, MUÑOZ CONDE señala que el deudor puede decidirse por la que mejor le parezca, siempre que se trate de acreedores legítimos y no exista un orden legal establecido en un procedimiento para efectuar tal pago. De lo contrario, la libertad del deudor quedará coartada y la infracción de tal orden constituirá delito³⁴³. Sin embargo, profundiza este autor, que en definitiva al ser de igual valor todos los créditos y por no haber ninguna preferencia, será más correcto considerar estos casos como una conducta justificada en consideración al ejercicio legítimo de un derecho.

VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC han criticado las posturas que se basan en la colisión de deberes por el hecho de que, al no existir un orden establecido para el pago, todos los créditos valen lo mismo, y no puede hablarse de un estado de necesidad justificante ni de que exista una verdadera situación de necesidad³⁴⁴. También QUINTERO OLIVARES entiende que esta alteración en el orden de cumplimiento de las obligaciones no puede integrar el delito de alzamiento de bienes, y que si bien puede dar lugar a una reclamación de tipo civil por parte del deudor que se considere perjudicado, la conducta de favorecer a un acreedor por

³⁴² Véase CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en derecho penal*, 1984, pp. 36 y 37.

³⁴³ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 155 y ss.

³⁴⁴ VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, pp. 77 y ss.

sobre otro en el orden de cumplimiento no entra en el ámbito de lo penalmente ilícito³⁴⁵.

En mi opinión, y en base al concepto de alzamiento que se aportó anteriormente el pago a un acreedor real cuya obligación existe efectivamente, no puede integrar la conducta típica de alzamiento de bienes. Es una cuestión de falta de tipicidad objetiva y no de una justificación de un hecho típico. El motivo de ello es que el sentido propio de la conducta de pagar a un acreedor no es el de defraudar expectativas de cobro de otros. En efecto, mediante el pago de una deuda real a un acreedor real no se sustraen fraudulentamente los bienes con los que se paga a su función de garantía patrimonial. Es más, tal pago en dichas condiciones de existencia de la deuda constituye el cumplimiento de la función a la que están justamente destinados los bienes. Tal función es la de servir de garantía para responder frente al acreedor por la responsabilidad que le cabe al deudor ante sus incumplimientos contractuales. Además no puede afirmarse que el pago de la deuda genere un riesgo típico de insolvencia, pues se trata de una actuación que no sólo forma parte del riesgo permitido del deudor, sino que además corresponde una conducta obligada por el propio ordenamiento jurídico.

En otras palabras, si queda en insolvencia por efectuar un pago, tal hecho no podrá calificarse de penalmente relevante siempre que el resultado de insolvencia lo sea a causa de un comportamiento permitido. Ahora bien, el comportamiento permitido del deudor en aquello relativo al pago, viene establecido por el hecho de que se trate de una deuda y acreedor real y no de deudas o acreedores ficticios o creados para eludir el cumplimiento de sus deberes de responder frente a los otros acreedores existentes. En el

³⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, p. 123.

sentido anterior, puede decirse que pagar a un acreedor y quedar insolvente frente a otros no consiste en una alteración de la situación patrimonial del deudor de una forma no permitida por el Derecho. Es un uso absolutamente permitido de la libertad jurídica del deudor. En este sentido, se viene pronunciando por lo demás la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que aprecia un problema de tipicidad y no de justificación en los casos de favorecimiento de un acreedor por sobre otro. Siempre que se trate en todo caso de un crédito legítimo y no simulado³⁴⁶.

Sin embargo, la determinación de la relevancia típica del pago cuando estamos frente a un deudor que tiene deudas vencidas y otras que aún no vencen presenta mayores dificultades. Debe partirse de la base de que en dicho momento el deudor no es insolvente sino que su insolvencia se producirá para unos acreedores por el pago que realiza a otros acreedores. La solución frente a tal situación de deudas vencidas y no vencidas pasa por una ponderación de intereses. En este sentido, estimo que la protección de las expectativas de los acreedores con deudas vencidas se ha de ponderar por sobre la libertad de disposición del deudor de pagar a quien estime libremente. En otras palabras, si el deudor paga deudas que no eran exigibles al momento del pago y perjudica a otros acreedores, cuyos créditos si eran exigibles, cabe sostener que tal actuación del deudor no se enmarca dentro de su libertad jurídica garantizada. Efectivamente, el pago de deudas no exigibles frente a otras que sí lo son posee un sentido defraudatorio de aquellas expectativas de cobro que tienen un mayor refuerzo normativo frente a las deudas que no son exigibles.

³⁴⁶ STS núm. 217/2013 de 13 de marzo (EDJ 2013/32660); STS núm. 723/2012 de 2 de diciembre (EDJ 2012/228176).

Al respecto, estimo correcto lo que sostiene PAREDES CASTAÑÓN en el sentido de que la conducta del deudor que paga deudas no vencidas antes que las vencidas esperando a que mejore su situación patrimonial no puede considerarse como un comportamiento diligente por el ordenamiento jurídico, aunque dicha decisión se enmarque dentro de una lógica económica³⁴⁷.

Por último, en el marco de la discusión del favorecimiento de acreedores, cabe hacer mención al pago de créditos comunes que perjudiquen a los denominados créditos privilegiados. En estos casos se debe tener en consideración que el tipo de alzamiento de bienes y en general las insolvencias no protegen derechos sobre un bien en concreto. Por el contrario, los delitos de insolvencia hacen referencia a la ocultación del patrimonio entendido en su globalidad y no a la sustracción de una cosa o bien determinado.

Por último, podría señalarse que los derechos económicos de los trabajadores constituyen un crédito privilegiado debido a su especial mención en el art. 257.2 del CP. En virtud de ello tendrían cierta preferencia en caso de colisión en el pago de otros créditos. Sin embargo, tal mención debe comprenderse como una referencia exclusiva de los derechos de *crédito* de los trabajadores, y no de otros derechos laborales³⁴⁸. Se trata, más bien, de una mención expresa de una clase de crédito que se protegía igualmente bajo el CP anterior. Así, al comprender a los derechos de los trabajadores como otro derecho de *crédito* más, no parece posible afirmar que se trate de un crédito privilegiado en desmedro

³⁴⁷ Véase PAREDES CASTAÑÓN, en QUINTERO/MORALES (coord.), *El nuevo derecho penal español*, 2001, pp. 1657 y ss.

³⁴⁸ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 54.

de cualquier otro crédito que no tenga expresa mención en el CP. De hecho, se afirma que la norma que hace referencia a los derechos económicos de los trabajadores es innecesaria, pues no se ha puesto en duda que tales créditos no se encuentren protegidos por el tipo de alzamiento de bienes³⁴⁹.

Finalmente, que la pena del delito de alzamiento de bienes se agrave cuando la deuda sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública no debe interpretarse en el sentido de que el legislador haya establecido unos créditos privilegiados. El objetivo de estas agravaciones que introdujo la LO 5/2010, de 22 de junio no es establecer un orden de prelación de los créditos, sino buscar otorgar una mayor protección del crédito público. No obstante, es bastante difícil explicar la razón el mayor castigo del alzamiento de bienes que introdujo la reforma de 2010. Al respecto, se ha señalado que quizás dicha razón obedece únicamente a los tiempos de «crisis económica» en que la administración busca obtener mayor protección de sus derechos de crédito³⁵⁰.

IV. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO

Tradicionalmente se entiende que el objeto material es aquel sobre el cual recae físicamente la acción delictiva³⁵¹ y que debe distinguirse del objeto jurídico que equivale al bien jurídico bien objeto de la protección de la

³⁴⁹ De esta opinión BAJO /BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 426; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, pp. 242 y ss.

³⁵⁰ Así FEIJOO SÁNCHEZ, «La reforma de las insolvencias punibles», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del código penal*, 2011, pp. 402 y ss.

³⁵¹ BUSTOS/HORMAZABAL, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2006, p. 204.

ley³⁵². En los delitos de insolvencia, como el delito de alzamiento de bienes, la conducta del agente recae sobre su propia esfera patrimonial, es decir, su acción se lleva a cabo sobre sus propios bienes en los cuales el acreedor espera ejercer su derecho de satisfacción. Como se ha señalado ya anteriormente, el comportamiento típico del deudor no se realiza ejecutivamente sobre una esfera de organización ajena como en el hurto o robo o en el delito de estafa. Por ello, puede decirse que el deudor a través de una auto-afectación de su capacidad patrimonial, causa una lesión a un tercero que se encuentra en la posición de acreedor.

Esta estructura anterior es una de las singulares características que posee el delito de alzamiento de bienes. Debido a esta particular característica algún autor denomina a los delitos de insolvencia como «infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio», pues si bien la acción opera en los bienes propios, el resultado lesivo se proyecta sobre intereses económicos de terceros³⁵³. Esta configuración singular del alzamiento de bienes y en general de las insolvencias genera una colisión entre la libertad del deudor de disponer de sus propios bienes y los derechos o expectativas de cobro que posee el acreedor. El delito de alzamiento de bienes no puede sin más presentarse como un obstáculo a la libertad del deudor, pues atentaría contra la libre disponibilidad de la propiedad y contra la configuración social, normativa y económica de la sociedad actual que se basa en la iniciativa privada y en la autonomía de la voluntad respecto, entre otras cosas, del propio patrimonio. Para resolver tal conflicto y colisión, debe recurrirse a la teoría de la imputación

³⁵² MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, p. 225

³⁵³ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, 2ª ed., t. III, 1978, p. 9.

objetiva como herramienta de determinación de aquella libertad jurídicamente garantizada del deudor.

Volviendo al punto anterior, no todos los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor son idóneos para constituir el objeto material en el alzamiento de bienes. En los delitos de insolvencia han de excluirse como objeto material los bienes inembargables ya sea porque formalmente sobre ellos son ineficaces los procedimientos ejecutivos o porque materialmente sobre ellos el acreedor no puede hacer efectivo su derecho de crédito. En otras palabras, los bienes inembargables y los ajenos no forman parte de la garantía patrimonial universal del deudor frente a su acreedor³⁵⁴. Conforme a lo anterior la conducta de alzamiento que recae sobre un bien inembargable o ajeno constituiría un supuesto no punible por tratarse de un delito imposible o tentativa inidónea por la inidoneidad de objeto³⁵⁵.

Algunos autores señalan que se excluyen los bienes futuros, porque no pertenecen al propio patrimonio del deudor³⁵⁶ y porque el tipo exige que los bienes sean efectivamente del deudor. Así se entendería la expresión alzarse con «sus bienes» que contiene el art. 257.1.1º. En tal sentido, no integrarían el objeto material los bienes aún no poseídos por el deudor³⁵⁷. Sin embargo, otra parte de la doctrina rechaza esta conclusión ya que ve

³⁵⁴ En el mismo sentido GONZÁLEZ TAPIA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. VIII, 1999, p. 611 y 612

³⁵⁵ De la misma opinión CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 227.

³⁵⁶ OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 1997, p. 74.

³⁵⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, 2ª ed., t. III, 1978, p. 54.

aplicable al respecto la norma del artículo 1911 del CC. Tal disposición señala que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros³⁵⁸.

V. EL TIPO SUBJETIVO

El delito de alzamiento de bienes así como hasta ahora todas las figuras de insolvencias punibles son sancionadas únicamente a título de dolo. El legislador ha descartado por ahora la imprudencia como forma de imputación subjetiva para los tipos penales de insolvencia. Sin embargo, ello obedece únicamente a una decisión político-criminal, pues en el Derecho penal alemán, por ejemplo, la imprudencia sí tiene cabida como título de imputación subjetiva en alguna de las modalidades de bancarrota que contiene el § 283 del StGB³⁵⁹.

El establecimiento de la imprudencia como título de imputación subjetiva parece ser una tendencia que prontamente será adoptada por el legislador español. Ello queda de manifiesto si se observa la significativa modificación del CP que se pretende llevar a cabo con el proyecto de reforma del CP de 2013-2014. En dicho proyecto se establecen hasta dos años de pena de prisión para quien realice imprudentemente una gran variedad de conductas tipificadas al efecto. En realidad cabe decir que se trata de una modificación de las insolvencias punibles de gran semejanza a la que establece el StGB en su § 283. Al menos la técnica legislativa es incuestionablemente similar a la del legislador alemán, pues se aleja de la división entre delitos en que el deudor se encuentra o no declarado en concurso (alzamiento de bienes y delito concursal) para establecer una regulación basada en un catálogo de conductas bajo una condición

³⁵⁸ Cfr. SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995*, 2009, pp. 266 y ss.; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 130 y ss.; RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, 1995, pp. 352 y ss.

³⁵⁹ En concreto, el §283 (5).1 y 2 del StGB sanciona con pena de hasta dos años al deudor que lleva a cabo imprudentemente diversas conductas de bancarrota que se señalan en dicha norma.

objetiva de punibilidad que recae en la existencia de una situación de insolvencia actual o inminente.

La postura dominante entiende que el elemento subjetivo en el delito de alzamiento de bienes está conformado por el dolo directo y por un elemento subjetivo del tipo que corresponde a una intención de perjudicar con la que actuaría el deudor al ocultar sus bienes. Tal elemento subjetivo del tipo se encuentra presente, según la opinión dominante, en la expresión «en perjuicio» que contiene el tipo básico de alzamiento. Esta misma comprensión del tipo subjetivo es la mantenida por la jurisprudencia mayoritaria³⁶⁰. A diferencia de la opinión dominante, y como se ha puesto de manifiesto durante el desarrollo de este trabajo, en mi opinión la expresión «en perjuicio» no constituye un elemento subjetivo distinto del dolo, sino que se trata de un elemento objetivo referido a un verdadero resultado material lesivo que afecta al acreedor³⁶¹.

Por otro lado, es bastante dudoso que el tipo básico de alzamiento de bienes en su expresión «en perjuicio» contenga un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo. Al respecto, recientemente se sostiene por un sector de la dogmática penal que «los elementos subjetivos del injusto distintos al dolo o a la imprudencia siempre se mencionan en el respectivo tipo concreto»³⁶². Evidentemente, tal situación no se encuentra en el tipo básico de alzamiento de bienes. Por otra parte la expresión «en perjuicio»

³⁶⁰ Véase STS núm. 1117/2007 de 28 de noviembre (RJ 2008\550); STS núm. 152/2001 de 31 de enero (RJ 2001\385); STS núm. 870/2001 de 16 de mayo (RJ 2001\2722); STS núm. 1805/2000 de 26 de diciembre (RJ 2000\10321); STS núm. 1508/2000, de 28 de septiembre (RJ 2000\8263).

³⁶¹ En esta misma línea MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 70; EL MISMO, en *Estudios penales y criminológicos*, 2004, p. 480; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 205.

³⁶² JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 311.

no constituye siempre un elemento subjetivo en otras figuras penales. Así por ejemplo, en los casos de la estafa o de la apropiación indebida la expresión «en perjuicio» constituye un elemento objetivo constitutivo del resultado lesivo de tales figuras típicas³⁶³. A decir verdad, como correctamente ha señalado recientemente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «cuando el legislador quiere exigir un ánimo de perjudicar ha utilizado la fórmula subjetiva “para perjudicar a otro” como queda de manifiesto al observar los arts. 218, 393, 394, 395 y 396 del CP, y no la fórmula “en perjuicio”»³⁶⁴.

Respecto al concepto de dolo, y de acuerdo con la postura que aquí se sigue, éste corresponde al conocimiento del riesgo típicamente relevante³⁶⁵. La voluntad no forma parte del dolo, porque ella pertenece a la acción. En este sentido, la voluntad es algo común a los delitos dolosos e imprudentes³⁶⁶. De acuerdo con ello, la diferencia entre dolo e imprudencia consiste en que el sujeto que lleva a cabo un comportamiento doloso *conoce* el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente. Por el contrario, el sujeto que actúa de manera

³⁶³ Véase en tal sentido GALLEGO SOLER, «Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales de defraudación», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, t. I, 2011, p. 454; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Estafas», en VIVES ANTÓN *et al*, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, p. 487;

³⁶⁴ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Los elementos subjetivos del tipo de acción», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 2013, p. 259.

³⁶⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 647 y ss.; EL MISMO, «Aberratio ictus e imputación objetiva», *ADPCP*, 1984, p. 367; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 165, 323 y ss.; y p. 353; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999, pp. 245 y ss. Expresamente pp. 248 y ss.

³⁶⁶ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 649; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 31.

imprudente, desconoce tal significado³⁶⁷. Cabe señalar entonces que habría imprudencia cuando el autor desconoce el riesgo que genera su conducta (en términos de error vencible). De acuerdo con esta postura cognitiva del dolo, el reproche en el ámbito subjetivo no radica en la intención que tenía el autor en su comportamiento, sino en el conocimiento que poseía de la generación de un riesgo prohibido³⁶⁸.

La comprensión del tipo subjetivo del alzamiento de bienes como un dolo de conocimiento, sin consideración a elementos subjetivos distintos, ha sido también acogida por una jurisprudencia del TS. Esta postura jurisprudencial apunta en mi opinión en la dirección correcta que debe seguirse para los casos de delito de alzamiento de bienes. En el sentido aquí propuesto, se señala por ejemplo en la STS de 6/02/2003 que «*el delito de alzamiento de bienes no requiere un elemento subjetivo distinto del dolo, es decir, del conocimiento del peligro concreto de la realización del tipo. El tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir el dolo, por si mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa*»³⁶⁹.

Aunque tal corriente es minoritaria en la jurisprudencia, estimo que conduce a mejores resultados que aquella postura sustentada en actitudes psíquicas e interiores del deudor siempre complejas de demostrar con la tradicional prueba de indicios. Pues en el fondo, con tal criterio de indicios e intenciones del deudor que maneja la doctrina y jurisprudencia

³⁶⁷ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 649.

³⁶⁸ En el mismo sentido GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., t. I, 2007, p. 481.

³⁶⁹ Véase STS núm. 161/2003 de 6 de febrero (RJ 2003\2367).

dominante, la interpretación y los límites de la libertad jurídica de organización del deudor se vuelven incontrolables para el intérprete. Al respecto, vale la pena traer aquí las palabras de CANESTRARI acerca del tipo subjetivo en los delitos concursales. Este autor señala que «mientras se continúe construyendo el elemento subjetivo sobre la mera vertiente interior, cualquier esfuerzo por elaborar parámetros de valoración de riesgos “institucionalizados”, inherentes al ejercicio de las múltiples actividades de naturaleza económica, está condenado a seguir privado de efectos significativos»³⁷⁰. De acuerdo con ello, el contenido del dolo en el delito de alzamiento de bienes será el conocimiento, por parte de quien se encuentra en una posición de deudor, de que la conducta que voluntariamente lleva a cabo contiene un riesgo relevante de producir su insolvencia. Ahora bien, respecto a qué conocimiento debe estar presente para imputarle el dolo al deudor será aquel juicio necesario que atribuya a una conducta, en la concreta situación en que ella se lleva a cabo, la aptitud de producir el resultado de insolvencia patrimonial³⁷¹.

En consideración al *dolo eventual* existe cierta discusión relativa a si es posible llevar a cabo un alzamiento de bienes con esta forma de dolo. La afirmación de apreciar dolo eventual no es una cuestión baladí. Por el contrario, su consecuencia radica en el hecho de aceptar que determinados negocios de riesgo entrarían en la tipicidad del delito de alzamiento de bienes. Para aquel sector doctrinal que entiende que el alzamiento de bienes contiene un elemento subjetivo del tipo adicional al dolo típico y que configura, en consecuencia, al alzamiento de bienes como un delito de

³⁷⁰ CANESTRARI, en TERRADILLOS/ALCALE (coord.), *Temas de derecho penal económico*, 2004, p. 68.

³⁷¹ Véase respecto al conocimiento y su imputación RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 455 y ss.

intención, consumación anticipada, el dolo eventual no tiene cabida³⁷². Ello resulta coherente con los postulados de la doctrina dominante ya que si para este sector doctrinal, el deudor debe actuar con «una intención de perjudicar al acreedor», el dolo eventual resulta incompatible. Así pues, tal como se argumenta por esta postura, «si el deudor quiere perjudicar a sus acreedores, es porque actúa conscientemente de que lo que hace provoca ese perjuicio. No basta con que se represente como probable esa posibilidad»³⁷³.

Sin embargo si, tal como se hace aquí, partimos de la premisa de que el tipo de alzamiento no contiene ningún elemento subjetivo adicional al dolo y que, por tanto, la expresión «en perjuicio» representa un elemento objetivo determinante del resultado lesivo y no uno subjetivo nada impide la posibilidad de aceptar un alzamiento de bienes con dolo eventual³⁷⁴.

En efecto, descartado cualquier elemento subjetivo adicional al dolo nada impide apreciar, por ejemplo, alzamiento de bienes con dolo eventual en aquellas actuaciones en las cuales un deudor representándose la probabilidad de un resultado de insolvencia, involucre todo su patrimonio en la realización de una operación económica cuyo éxito de ganancia o pérdida (y por tanto de insolvencia) depende única o exclusivamente del azar o de otras razones en las cuales no se pueda confiar racionalmente.

En general, los casos de dolo eventual pueden consistir en aquellas situaciones en que el deudor, atravesando por una situación económica

³⁷² Véase CUELLO CONTRERAS, *CPC*, 1999, p. 41; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 142 y 143.

³⁷³ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 146.

³⁷⁴ En el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, 4ª ed., 2013, p. 72; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 300.

delicada, realiza varios préstamos de dinero, existiendo objetivamente una posibilidad de no retorno de dichos créditos y subjetivamente una representación del deudor de que tal posibilidad de no retorno concurra, pero el deudor confía en la buena fe de sus, a su vez, deudores para que no tenga lugar su insolvencia por el no retorno de los créditos. Cabe entonces afirmar que, si bien no tuvo dolo directo, sí era consciente de que tal disposición patrimonial a terceros resultaba idónea para afectar a su propio patrimonio en perjuicio de sus propios acreedores, debido a la posibilidad de que no fueran devueltos los créditos concedidos porque, por ejemplo, se trataba de personas con mínimos recursos económicos o de casi nula solvencia o garantías. Por el contrario, si un observador objetivo (un ordenado empresario para el efecto del sector económico respectivo) situado en el lugar del deudor y en posesión de los conocimientos de este último, no se representa siquiera el peligro de la lesión del derecho de crédito de su acreedor mediante la realización de una operación económica que implique disposición de bienes y riesgo de insolvencia, porque existen motivos racionales para confiar que obtendrá el respectivo retorno de sus créditos, no podrá imputarse la existencia de dolo eventual del deudor si finalmente se produce una situación de insolvencia³⁷⁵.

Naturalmente el deudor debe conocer la existencia de su calidad de deudor o la existencia de la deuda. El desconocimiento de la existencia de la deuda puede dar lugar a una actuación en *error de tipo*. Al respecto, la doctrina ha observado que tales casos estarán referidos a aquellos en que el sujeto desconocía la existencia de la deuda o al desconocimiento de que

³⁷⁵ En el mismo sentido, CANESTRARI, en TERRADILLOS/ALCALE (coord.), *Temas de derecho penal económico*, 2004, p. 74.

los bienes sobre los cuales de actuó estaban embargados³⁷⁶. El tratamiento de estas situaciones, si dicho error es vencible, sería la imputación por imprudencia. Ahora bien, como la modalidad imprudente de alzamiento de bienes (y de todas las insolvencias punibles en el CP de 1995) no está contemplada por el legislador la actuación del sujeto quedaría impune. Por último, si bien desde un punto de vista dogmático sí tiene cabida la actuación de un deudor en error de tipo, por ejemplo, por desconocimiento de la existencia de la deuda y/o de su calidad de deudor, en la práctica parece bastante difícil de que tales situaciones puedan demostrarse efectivamente.

³⁷⁶ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 301.

CAPÍTULO III

TIPO DE TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Se ha observado en los capítulos anteriores que uno de los aspectos más discutidos sobre el delito de alzamiento de bienes es aquel que dice relación con la naturaleza de su injusto. En concreto, si el delito de alzamiento de bienes constituye un delito de mera actividad o un delito de resultado. En efecto, dependiendo de la postura que se tenga al respecto se condicionará la ubicación y el espacio de operatividad de la tentativa, así como el momento y requisitos de la consumación del tipo.

En relación a esto último, el punto central de la discusión del momento consumativo radica en la comprensión de la expresión «en perjuicio» que contiene el tipo básico de alzamiento del art. 257.1. 1°. Hasta ahora la tesis mayoritaria ha venido sosteniendo que tal expresión es un elemento subjetivo del tipo que constituye un ánimo o una intención del deudor de perjudicar a su acreedor. Bajo este punto de vista, el delito de alzamiento de bienes se ha entendido como delito de tendencia; de resultado cortado; o que se configura bajo alguna de las diversas modalidades de los delitos de mera actividad³⁷⁷. Debido a la comprensión de delito de mera actividad por parte de la doctrina dominante, no le queda otra solución a tal corriente que comprender la expresión en perjuicio como un elemento subjetivo del injusto.

³⁷⁷ Véase las páginas 70 y siguientes.

Efectivamente, si se niega la existencia de un resultado o perjuicio efectivo, la comprensión de la expresión «en perjuicio» deberá ser la de un elemento subjetivo del injusto. Sin embargo, tal como se ha podido comprobar, el alzamiento de bienes no puede constituir un delito de mera actividad, pues no se condice con la estructura de un delito de peligro abstracto ni con la del delito de peligro concreto³⁷⁸.

Ahora bien, sumándome en este punto en concreto a la tesis minoritaria, estimo que el alzamiento de bienes corresponde a un delito de resultado y de lesión. Aparte de los argumentos que hasta ahora se han señalado, tal afirmación se ve reforzada de *lege lata* en virtud de la modificación introducida por la LO 5/2010 en el alzamiento de bienes que estableció un parámetro de agravación de la pena en base al monto y entidad del perjuicio defraudado³⁷⁹. En este sentido, a lo largo de este trabajo se ha visto que existen argumentos dogmáticos, político-criminales y de *lege lata* lo suficientemente sólidos para afirmar que el alzamiento de bienes posee una estructura de delito de resultado y de lesión.

Bajo una concepción del alzamiento de bienes como delito de resultado y lesión, dos son los modelos posibles que pueden observarse en relación al momento consumativo y, por tanto, en relación al espacio de operatividad de la tentativa. Todo dependerá de cuándo se aprecie el efectivo perjuicio para el acreedor.

³⁷⁸ Véase las páginas 101 y siguientes.

³⁷⁹ Véase el nuevo art. 257.4 que dispone que las penas previstas en el art. 257.1, 257.2 y 257.3 se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1º, 4º y 5º del apartado primero del artículo 250 del CP.

Un primer modelo es aquel que sostiene que la insolvencia es un resultado intermedio³⁸⁰ y que el verdadero perjuicio (por tanto la lesión del bien jurídico) se produce al momento del vencimiento del crédito³⁸¹. En dicho modelo, coincide estructural y temporalmente el perjuicio y la consumación al momento del vencimiento de la deuda. Ello es así, ya que para este modelo, la lesión material y el efectivo perjuicio sólo concurren cuando la deuda está vencida, es exigible y el deudor se ha colocado previamente al vencimiento en insolvencia³⁸².

Esta postura afirma que debe distinguirse entre insolvencia y perjuicio³⁸³. De este modo, el perjuicio no se da con la insolvencia, sino que sólo existe al momento del vencimiento del crédito. Para estos autores el perjuicio presupone la existencia de un crédito vencido y exigible y sólo con el vencimiento del crédito existe una efectiva frustración del derecho de crédito y lesión del bien jurídico³⁸⁴.

A este último modelo no parece poder formularse en principio mayores objeciones. Sin embargo, como se verá hay, un aspecto de significativa relevancia para el delito de alzamiento de bienes que produce importantes efectos al modificar la ubicación del momento consumativo y, en

³⁸⁰ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 311.

³⁸¹ Aquí se enmarcan autores como RODRÍGUEZ DEVESA, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, HUERTA TOCILDO y SOUTO GARCÍA. Véase por todos SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, pp. 311 y 315.

³⁸² Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 70; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 205.

³⁸³ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 206.

³⁸⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 70; EL MISMO, en *Estudios penales y criminológicos*, 2004, p. 483.

consecuencia, el espacio de operatividad de la tentativa. En concreto, el modelo que sostiene que el efectivo perjuicio concurre al momento del vencimiento del crédito pasa por alto el aspecto referido a la *estrecha relación* que posee el delito de alzamiento de bienes con el Derecho civil. Justamente es el Derecho civil como orden jurídico primario el que regula las relaciones entre deudor y acreedor. Así, las relaciones entre ambas esferas jurídicas se presentan ante el Derecho penal con una configuración pre-establecida de antemano en determinados aspectos. Ante tal situación, el Derecho penal no puede sin más dejar de lado aquello si se pretende dar una solución sistemática frente al resto del ordenamiento jurídico en base al principio de unidad y congruencia. Con base en ello cabe señalar que el Derecho civil contiene una institución jurídica que pone de manifiesto el hecho de que no es el vencimiento del crédito lo que produce una efectiva lesión del derecho de crédito sino que ello ocurre materialmente con la producción de la insolvencia del deudor³⁸⁵.

En concreto, me refiero a la institución jurídica denominada *vencimiento anticipado de la obligación por insolvencia del deudor* que se encuentra establecida en el artículo 1129.1 del Código Civil. Dada la exigencia del principio de unidad del ordenamiento jurídico, se debe tener presente este instituto jurídico para determinar si el deudor, una vez insolvente, puede mantener o no ese beneficio del plazo que va desde la insolvencia hasta el vencimiento del crédito.

Al respecto, la estrecha relación de ciertos tipos penales con regulaciones extra penales conforma un conjunto de delitos que dependen en gran medida de una configuración previa existente. Se trata de los

³⁸⁵ Véase ORDUÑA MORENO, *La insolvencia*, 1994, p. 178 y ss.

denominados *delitos dependientes del sistema*³⁸⁶, en el sentido de que tales delitos están condicionados previamente por el sistema económico, el cual está al mismo tiempo regulado en el Derecho civil, mercantil o en leyes especiales. De tal modo, muchas de estas figuras relacionadas con el Derecho penal económico se convierten en tipos penales accesorios o dependientes de regulaciones extra-penales³⁸⁷. A continuación se observará el tratamiento jurídico penal de la institución del vencimiento anticipado de la obligación y las repercusiones que ello tiene para el delito de alzamiento de bienes.

II. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA OBLIGACIÓN

1. El vencimiento legal por insolvencia del deudor

La consideración del Derecho civil en el momento de definir determinados contornos de un ilícito penal, se hace necesaria debido a que es en esta rama jurídica del Derecho privado en la que se configuran *prima facie* los contactos entre deudor y acreedor. Debido a esta regulación previa el Derecho penal no puede perder de vista ni obviar este conjunto de normas jurídicas que han establecido un conjunto de deberes y derechos para las esferas jurídicas del deudor y del acreedor. Las tesis que abogan por entender el momento del vencimiento del crédito como el instante en que se produce el efectivo perjuicio del acreedor y por tanto la consumación del delito no consideran que el vencimiento del crédito puede concurrir de modo previo a la situación de insolvencia del deudor.

³⁸⁶ TIEDEMANN, *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, 2010, pp. 37 y ss.

³⁸⁷ TIEDEMANN, *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, 2010, pp. 35 y ss.

En el ámbito privado, en concreto en las obligaciones a plazo, el beneficio del plazo entre la constitución de la obligación y el vencimiento del crédito es de toda lógica cuando las circunstancias en las cuales se encontraba el deudor y el acreedor se mantienen. De tal modo, el plazo opera siempre y cuando pueda afirmarse de alguna forma la vigencia del principio o cláusula *rebus sic stantibus*. Sin embargo, cuando concurre un cambio en determinadas circunstancias establecidas en la Ley o por las mismas partes que dan vida a la obligación en virtud de la autonomía de la voluntad, este beneficio del plazo que tiene el deudor hasta el vencimiento del crédito (también denominado barrera de ejercicio del derecho de crédito³⁸⁸), se rompe, y el deudor pierde el beneficio del plazo que tenía. Este plazo que beneficiaba al deudor se pierde, produciéndose en consecuencia lo que la doctrina civilista denomina una anticipada exigibilidad del crédito³⁸⁹.

La institución del vencimiento anticipado de la obligación está regulada en el art. 1129 del CC que señala: «Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

En virtud de ello, la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en tal norma, como el caso de que el deudor resulte insolvente, tiene la incontestable consecuencia de que el acreedor puede

³⁸⁸ DíEZ-PICAZO, «El pago anticipado», *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, p. 68.

³⁸⁹ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho patrimonial*, 6ª ed., t. II, 2007, p. 377.

dar por vencida la deuda³⁹⁰. En este sentido, el deudor perderá todo derecho a utilizar el plazo cuando después de contraída la obligación resulte insolvente, anticipándose por tanto el momento del vencimiento al momento de la producción de la insolvencia del deudor.

Suele señalarse que el fundamento de la norma relativa al vencimiento anticipado de la obligación es la pérdida de confianza en el deudor y la necesidad de proteger al acreedor³⁹¹. Sin embargo, también se sostiene que cuando se establece el vencimiento anticipado en atención a los actos llevados a cabo por el deudor, como la insolvencia, dicho vencimiento anticipado tiene asimismo una finalidad punitiva o sancionadora³⁹². Por último, dos importantes finalidades de declarar en vencimiento anticipado son que desde ese momento el deudor se encuentra en mora y que a partir de ese mismo día empieza a contar el plazo para la prescripción³⁹³.

Cabe destacar que la insolvencia a la que se refiere el artículo 1129.1 del CC no requiere declaración judicial. No obstante, ella sí deberá ser probada por el acreedor por cualquier medio cuando éste solicite el vencimiento anticipado por dicha circunstancia y el deudor se oponga a tal solicitud³⁹⁴. Por otra parte es relevante apuntar que generalmente la

³⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, p. 69.

³⁹¹ DÍEZ-PICAZO, *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, p. 67.

³⁹² Véase MARÍN LÓPEZ, «Art. 1129», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, t. IV, 2013, p. 8298; VITERI SUBIA, *El pago anticipado en las obligaciones a plazo*, 2013, pp. 121 y 124.

³⁹³ MELLADO RODRÍGUEZ, «Las cláusulas de vencimiento anticipado», en NIETO CAROL (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, 1998, p. 244.

³⁹⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho patrimonial*, 6ª ed., t. II, 2007, p. 379 y 296; A contrario sensu la SAP de Salamanca (sección 1ª), núm. 552/2012 de 22 de octubre, desestimó la solicitud del vencimiento anticipado del plazo «por cuanto en modo alguno ha resuelto a lo largo del juicio acreditado que la deudora principal se encuentre en alguna de las situaciones que prevé el artículo 1129 del código civil para considerar procedente el vencimiento anticipado de la deuda».

situación de insolvencia del deudor se probará mediante el hecho de que del embargo de una ejecución no se hayan encontrado bienes en que satisfacer el derecho de crédito³⁹⁵. Debe señalarse que el vencimiento anticipado de la obligación del que habla el CC en su artículo 1129 no se produce *ipso iure*. Al ser una facultad del acreedor bastará que este comunique extrajudicialmente al deudor el vencimiento anticipado del crédito³⁹⁶. En todo caso, si el deudor niega su estado de insolvencia, el acreedor necesitará una declaración judicial que afirme el vencimiento anticipado³⁹⁷.

Importante es al respecto el acuerdo de la doctrina relativo a que para ejercitar esta facultad del acreedor de anticipar la exigibilidad del crédito en virtud de la insolvencia de su deudor no es necesaria la existencia de una situación concursal de este último³⁹⁸. Este es un punto que marcará diferencias en el ámbito de los delitos de insolvencia, particularmente en el delito de alzamiento de bienes al ser un tipo penal que no se encuentra vinculado a una declaración de concurso del deudor.

Efectivamente, se sostiene que el término «insolvencia» al que hace referencia el artículo 1129.1 del CC debe distinguirse del concepto de insolvencia aplicado en el concurso de acreedores, pues en este último rigen las normas propias de la LC. En este sentido, la anticipación del vencimiento del deudor concursado, *si es que tiene alguna relevancia*

³⁹⁵ Véase DÍEZ-PICAZO, *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, p. 74.

³⁹⁶ MARÍN LÓPEZ, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, t. IV, 2013, p. 8298.

³⁹⁷ CLEMENTE MEORO, *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, 1991, p. 101.

³⁹⁸ VITERI ZUBIA, *El pago anticipado en las obligaciones a plazo*, 2013, p. 126; ORDUÑA MORENO, *La insolvencia*, 1994, p. 203; DÍEZ-PICAZO, *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, p. 176 y ss.

para el delito concursal, no operará en virtud del 1129 del código civil, sino que, tal como sostiene la doctrina, lo hará de acuerdo a los preceptos específicos en materia concursal³⁹⁹. Así, el estatus jurídico del deudor declarado en concurso será aquel que señale la LC. En otras palabras, y en virtud de lo dispuesto en la LC, lo señalado por el art. 1129.1 del CC cede ante este régimen especial del Derecho concursal⁴⁰⁰. Sin embargo, en el alzamiento de bienes, a diferencia del delito concursal, no se requiere que el deudor sea declarado en concurso⁴⁰¹. Por ello, no se encuentran mayores obstáculos para la aplicación en el delito de alzamiento de bienes de lo dispuesto en el artículo 1129.1 del Código civil.

En virtud de lo señalado hasta aquí me parece necesario sostener que en el delito de alzamiento de bienes el resultado objetivamente imputable es la insolvencia típica. La insolvencia constituye un resultado definitivo y no

³⁹⁹ CLEMENTE MEORO, *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, 1991, p. 92.

⁴⁰⁰ En concreto, según el artículo 146 de la Ley Concursal el vencimiento anticipado de los créditos se producirá en el momento de la apertura de la liquidación. Sin embargo nótese que esta, es una decisión estrictamente político-legislativa, pues el objeto del concurso de acreedores desde la dictación de la LC es la continuación de la sociedad y no la liquidación (aun cuando en la práctica la inmensa mayoría de los procesos concursales acaben en liquidación). En el régimen anterior a la LC, ello era distinto, pues el concurso del deudor tendía a la liquidación y no al mantenimiento de la empresa. Así, en el artículo 1915 del CC, derogado por la LC, establecía que por la declaración de concurso sí vencían todas las deudas a plazo del concursado. Lo mismo que en el artículo 883 del Cc, también derogado por la LC que señalaba que en virtud de la declaración de quiebra, se tendrán por vencidas a la fecha de la misma las deudas pendientes del quebrado.

⁴⁰¹ Para la doctrina mayoritaria la declaración civil del concurso opera como una condición objetiva de punibilidad, al respecto véase BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 444; FEIJOO SÁNCHEZ, *ADCo*, 2009, p. 35; FARALDO CABANA, «Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal», *Estudios Penales y Criminológicos XXIV*, 2004, p. 297; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., 2010, p. 469.

un resultado intermedio. De acuerdo con lo anterior, con la insolvencia imputable al comportamiento típico del deudor no hace falta esperar este “paso del tiempo” hasta que el crédito del acreedor sea exigible. Por el contrario, el vencimiento del crédito a causa de la insolvencia del deudor se anticipa al momento de la producción de tal insolvencia

Desde la óptica jurídico-penal, en concreto para la configuración del alzamiento de bienes, esta institución jurídico-civil no puede pasarse por alto. No resulta coherente que el Derecho penal tenga la capacidad de configurar libremente sus estructuras de imputación sin tener la más mínima consideración por estructuras jurídicas que vienen previamente configuradas. En tal sentido, si el orden jurídico primario hace desaparecer el plazo entre la insolvencia y la exigibilidad del crédito perdiendo el deudor este beneficio que tenía, el Derecho penal no puede aquí producir una hipertrofia normativa sosteniendo que debe esperarse de todas formas a que una vez producida la insolvencia del deudor la obligación sea exigible para que recién en ese preciso momento se pueda hablar de que se ha producido el efectivo perjuicio para el derecho de crédito del acreedor. Si se da por vencida la deuda no habrá plazo alguno que esperar para entender que ha acaecido la efectiva lesión y así dar por consumado el delito de alzamiento de bienes. Lo contrario, exigir un plazo inexistente en el Derecho civil, no tiene cabida estructural. Pues si el acreedor da por vencida la deuda no se puede intentar mantener artificialmente un plazo que sencillamente ya ha muerto para el ordenamiento jurídico. En el fondo, esto refleja que cuando el deudor se insolventa el momento trascendental para el Derecho civil no es el del vencimiento del crédito, sino el momento de producción de la insolvencia.

2. El vencimiento por pacto entre acreedor y deudor

El vencimiento anticipado de la obligación por insolvencia es un modo de vencimiento anticipado establecido en el art. 1129 del CC. Se trata por tanto de un vencimiento por expresa disposición de la ley. Sin embargo, la anticipación del vencimiento de la obligación también puede establecerse por motivos de otra índole que no sea la insolvencia del deudor. Puede vencer anticipadamente una obligación *por causas que no se encuentren en la Ley*. Y es que en virtud de la autonomía privada las mismas partes de un contrato pueden establecer «supuestos o hechos completamente distintos a los que establece la Ley para determinar el vencimiento anticipado de la obligación»⁴⁰². Si bien se reconoce por parte de la doctrina civilista que el art. 1129 del CC contiene los supuestos legales de vencimiento anticipado, denominados supuestos “clásicos”, el propio cuerpo legal no impide que los interesados pacten una regulación diferente⁴⁰³. En este sentido, se señala que las partes de un contrato pueden establecer cláusulas de vencimiento anticipado que representan creaciones *ex novo* de los contratantes⁴⁰⁴.

De hecho, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de los contratantes pueden existir cláusulas de vencimiento anticipado que respondan a un comportamiento del deudor y que supongan un incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas en el

⁴⁰² PUYALTO FRANCO, *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios al consumo*, 2006, p. 87. La cursiva es mía.

⁴⁰³ GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, *Las cláusulas de exigibilidad anticipada del crédito en los contratos bancarios*, 2012, p. 67.

⁴⁰⁴ MELLADO RODRÍGUEZ, en NIETO CAROL (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, 1998, p. 223.

contrato suscrito⁴⁰⁵. No obstante la libertad de los contratantes, la jurisprudencia viene configurando ciertos límites de esta libertad para establecer cláusulas de vencimiento anticipado. El alcance de la libertad de los contratantes a este respecto viene siendo configurado por la jurisprudencia bajo la máxima de que será válida la cláusula del vencimiento anticipado *«siempre que responda a un hecho objetivo, a una justa causa, y no a la mera voluntad o apreciación subjetiva del acreedor»*⁴⁰⁶. Este hecho objetivo puede radicar justamente en el incumplimiento del pago de una parte de la obligación por parte de uno de los contratantes, pues puede afirmarse que tal situación de incumplimiento en absoluto depende de la discrecionalidad de la otra parte contratante.

Así, por ejemplo, se señala que en la contratación bancaria un motivo de declarar vencida anticipadamente la obligación será que el deudor no abone a la fecha convenida alguna de las cuotas mensuales establecidas en el contrato⁴⁰⁷. En tal sentido, el incumplimiento del deudor sería uno de los motivos más frecuentes al que suelen recurrir las entidades de crédito para declarar vencidas anticipadamente las operaciones de crédito⁴⁰⁸. Naturalmente, se plantea la discusión acerca de la legalidad de estas cláusulas de vencimiento anticipado por los significativos efectos que producen en una de las partes del contrato. Sobre este punto, la doctrina ha considerado que *«tales cláusulas son abusivas cuando se establecen con carácter discrecional, pero no cuando van anudadas al*

⁴⁰⁵ Véase MELLADO RODRÍGUEZ, en NIETO CAROL (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, 1998, p. 241.

⁴⁰⁶ Véase, con más referencias jurisprudenciales SAP de Barcelona núm. 471/2004 de 2 de junio (JUR 2004\206354).

⁴⁰⁷ MELLADO RODRÍGUEZ, en NIETO CAROL (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, 1998, p. 241.

⁴⁰⁸ MELLADO RODRÍGUEZ, en NIETO CAROL (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, 1998, p. 241.

incumplimiento manifiesto de la otra parte»⁴⁰⁹. Sin embargo, el hecho objetivo del mero incumplimiento de la obligación no bastaría para afirmar la licitud de la cláusula de vencimiento anticipado. Al respecto, se señala que el incumplimiento debe ser reiterado y que no bastaría con un solo retraso de la prestación del deudor para dar por vencida anticipadamente la obligación⁴¹⁰.

También, la jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido anterior exigiendo una reiteración del incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Así, por ejemplo, se señala en la SAP de Murcia de 4 de junio de 2001 (en que se solicitaba por el recurrente la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado) que «*el vencimiento anticipado del contrato, derivado del impago de al menos dos de las cuotas establecidas, constituye una expresión habitual de estos contratos de préstamos mercantiles...al tiempo que resulta además acorde con el propio contenido del art. 1124 del Código Civil, relativo a la resolución de los contratos por incumplimiento de una parte*»⁴¹¹. En este mismo sentido, la STS de 7 de febrero de 2000 declara lícita una cláusula de vencimiento anticipado «*por impago de dos de las cuotas pactadas en un contrato de arrendamiento financiero (leasing)*»⁴¹².

Como se observa, se exige un hecho objetivo que no depende de la discrecionalidad de una de las partes para exigir el vencimiento anticipado. Sin embargo, este no es el único límite a la licitud de tales

⁴⁰⁹ GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, *Las cláusulas de exigibilidad anticipada del crédito en los contratos bancarios*, 2012, p. 71.

⁴¹⁰ MELLADO RODRÍGUEZ, en NIETO CAROL (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, 1998, p. 242.

⁴¹¹ SAP de Murcia núm. 266/2001 de 4 de junio de 2001 (JUR 2001\236479). El destacado es mío.

⁴¹² STS núm. 74/2000 de 7 de febrero (RJ 2000\282).

pactos. Las cláusulas del vencimiento anticipado en virtud de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad tienen también como límite la Ley, la moral y el orden público⁴¹³. Además, cuando se trata de contratos en los que se aplica la Ley de Consumidores y Usuarios estas cláusulas deben ajustarse a principios éticos como la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones⁴¹⁴.

Volviendo a la relación que tiene la institución del vencimiento anticipado de la obligación con el delito de alzamiento de bienes cabe extraer algunas conclusiones de significativa importancia. Lo primero que debe señalarse es que pueden existir perfectamente situaciones en que exista vencimiento del crédito y que el deudor no se encuentre en insolvencia. Ello, debido a que el vencimiento del crédito, tal como se ha podido observar al analizar las cláusulas de vencimiento anticipado, puede tener lugar por una situación distinta de la insolvencia del deudor. El vencimiento del crédito puede obedecer a la libertad de las partes que dan nacimiento a un crédito. Por tanto, y de acuerdo a la configuración de la institución del vencimiento anticipado *se puede encontrar perfectamente con la situación de que el crédito esté vencido sin que exista insolvencia del deudor*.

Ahora bien, si en virtud del vencimiento anticipado de la obligación puede existir vencimiento del crédito antes de que exista una insolvencia, esta última no podría un resultado intermedio como sostiene un sector de la doctrina penal⁴¹⁵, sino que tendrá que ser necesariamente un resultado

⁴¹³ GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, *Las cláusulas de exigibilidad anticipada del crédito en los contratos bancarios*, 2012, p. 68.

⁴¹⁴ GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, *Las cláusulas de exigibilidad anticipada del crédito en los contratos bancarios*, 2012, p. 68.

⁴¹⁵ Se refieren a la insolvencia como resultado intermedio SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 319; HUERTA TOCILDO, en CEREZO MIR *et al* (eds.), *El nuevo código penal*:

final. De lo contrario, se caería en el absurdo de castigar por delito consumado de alzamiento de bienes a quien siendo absolutamente solvente haya infringido alguna cláusula que dio lugar a la anticipación del vencimiento del crédito.

Debido a que el vencimiento del crédito puede existir antes de la situación de insolvencia en virtud de la libertad de pactar que poseen las partes del contrato, me parece incorrecto hacer depender la consumación del delito de alzamiento de bienes del momento del vencimiento del crédito. Cabe destacar el loable esfuerzo de aquel sector de la doctrina que por razones de política criminal, de *última ratio*, y dogmáticas aboga por fijar el momento consumativo en el momento del vencimiento del crédito. Sin embargo, esta corriente doctrinal⁴¹⁶, parte de la base en la que el vencimiento del crédito siempre se dará posteriormente a la situación de insolvencia del deudor. Esto último puede ser la regla. Sin embargo, partir de una estructura temporal del delito de alzamiento de bienes entendida como *conducta—insolvencia—vencimiento* como base para una propuesta para fijar el momento consumativo resulta inconveniente. Especialmente, cuando se ha visto que *el vencimiento no siempre se produce temporalmente después de la insolvencia* sino que, por el contrario, puede ocurrir que el vencimiento del crédito tenga lugar antes que la insolvencia.

Presupuestos y fundamentos, 1999, p. 807; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 73 y ss. (Al menos así se desprende respecto de este último autor, si se afirma que para la consumación del delito debe apreciarse el vencimiento del crédito como último elemento de la estructura del tipo).

⁴¹⁶ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 70; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 319; HUERTA TOCILDO, en CEREZO MIR *et al* (eds.), *El nuevo código penal: Presupuestos y fundamentos*, 1999, p. 807 y ss.; RUIZ MARCO, *La tutela penal del crédito*, 1995, pp. 343 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª ed., 1994; RUIZ MARCO, *La tutela penal del crédito*, 1995, pp. 343 y ss.

En efecto, en general el vencimiento se produce con posterioridad a la situación de insolvencia del deudor. En tal caso podemos hablar de vencimiento ordinario o normal. También, que el vencimiento puede darse coetáneamente con la insolvencia del deudor. Esto último es lo que establece el código civil en el art. 1129.1 al anticipar el vencimiento a la insolvencia del deudor. Sin embargo, dado que el vencimiento se puede producir antes de la insolvencia, *se debe llegar a la obligada conclusión de que el vencimiento del crédito no puede ser el factor que determine la consumación del delito*. Por lo mismo, el vencimiento tampoco podrá ser comprendido como el efectivo perjuicio del derecho de crédito, pues no parece lógico afirmar la existencia de perjuicio por el mero hecho de vencer el crédito cuando cabe que ni siquiera exista todavía una insolvencia del deudor.

De acuerdo con todo lo anterior, cabe sostener en mi opinión que el único hecho que puede configurar el efectivo perjuicio y el momento consumativo del alzamiento de bienes es la insolvencia del deudor. En virtud de que el vencimiento no puede eruirse como el momento en que se consuma el delito, todo conduce a apreciar que es la insolvencia el único resultado del delito y que, ésta representa además el efectivo perjuicio que sufre el acreedor al ver que posee un derecho de crédito frente a quien se ha insolventado fraudulentamente.

Se ha observado que el Derecho penal no puede dejar de tener en cuenta la regulación que existe en el Derecho civil, pues éste constituye el punto de partida de los fundamentos de la protección del derecho de crédito del acreedor. Además, dado que el alzamiento de bienes se presenta como el refuerzo sancionatorio de la garantía patrimonial universal que establece

el artículo 1911 del CC⁴¹⁷, el Derecho penal no puede «entrar como un elefante en una cacharerría»⁴¹⁸, sin considerar una potestad del acreedor amparada jurídicamente por el ordenamiento jurídico privado.

De acuerdo con los párrafos anteriores, la operatividad de la institución del vencimiento anticipado por la insolvencia sobrevenida del deudor es clara muestra de que es la insolvencia fraudulenta lo que defrauda expectativas normativas del acreedor y lesiona el derecho de crédito⁴¹⁹. El cumplimiento del plazo o este “paso del tiempo” hasta la llegada del momento de la exigibilidad del crédito simplemente refuerza una objetivización ya completa de la defraudación de la norma en el caso en que concurra la tradicional secuencia ocultación-insolvencia-vencimiento.

La existencia de una institución como el vencimiento anticipado de la obligación por insolvencia del deudor ratifica en definitiva que la insolvencia constituye el *completo ataque a la expectativa de cobro jurídicamente garantizada del acreedor*. Al respecto, es bastante difícil de sostener que la insolvencia del deudor no representa ya un perjuicio para el derecho de crédito y que deba esperarse al momento de que el crédito es exigible para apreciar un efectivo perjuicio. Si con la insolvencia fortuita del deudor ya el valor del crédito se reduce considerablemente y se reducen las expectativas de cobro, con la insolvencia fraudulenta del deudor (aparente o real, pero siempre fraudulenta), las expectativas de cobro del acreedor simplemente se desintegran. Al tratarse de una insolvencia fraudulenta, no puede quedar más clara la voluntad

⁴¹⁷ Véase CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, 1989, p. 173 y ss.

⁴¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial», *InDret*, 2009, p. 9.

⁴¹⁹ Véase el capítulo III de la quinta parte.

externamente manifestada del deudor de no regirse por lo dispuesto en la norma penal. Además, todo apunta a que si la insolvencia no representara ya un perjuicio para el acreedor, y el menoscabo sólo existiese en el momento del vencimiento el ordenamiento jurídico no contaría con una institución como el vencimiento anticipado de la obligación por insolvencia del deudor. La existencia del vencimiento anticipado de la obligación por insolvencia no tiene otra explicación que aquella que se dirija a afirmar que con la insolvencia se produce un perjuicio ya del derecho de crédito.

Por otra parte, la tesis que planteo aquí en relación al momento del perjuicio y de la consumación mantiene la lógica de que el vencimiento del crédito sigue siendo un momento de gran importancia para la configuración penal del alzamiento de bienes. Sin embargo, con la producción de un hecho aún más fundamental como la insolvencia fraudulenta el vencimiento de la obligación se anticipa y el crédito es exigible sin necesidad de esperar el plazo hasta el vencimiento de la obligación. Si el vencimiento del plazo operaba como condición de exigibilidad del crédito, la insolvencia del deudor hace desaparecer dicha barrera que del plazo⁴²⁰. De tal manera, y como consecuencia de la aplicación de la institución del vencimiento anticipado, la exigibilidad y el vencimiento del crédito coinciden al momento de la insolvencia del deudor.

Ello tiene lógica desde un punto de vista normativo, ya que la objetivización completa de la defraudación de la norma que ampara la expectativa de cobro del acreedor concurre ya con la insolvencia fraudulenta objetivamente imputable al deudor. Esto queda también

⁴²⁰ DÍEZ-PICAZO, *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, p. 47 y 66.

ratificado en que ni si quiera al Derecho civil le hace falta esperar el vencimiento del plazo para exigir el crédito en los casos en que el deudor resulta insolvente. En este sentido, lleva razón QUINTANO RIPOLLÉS en aquella idea referida a que lo que se castiga en el alzamiento de bienes es en el fondo el hecho de burlar la eficacia de un orden jurídico estatuido para la defensa de los intereses del acreedor⁴²¹. En el fondo, la causación de la insolvencia constituye ya un uso de la libertad contraria al deber del deudor de organizar su esfera sin dañar a su acreedor.

Por último, desde un punto de vista político-criminal el sistema jurídico-económico no puede permitir la existencia de deudores que provoquen fraudulentamente su insolvencia amparándose en el beneficio del plazo como escudo a la actuación del Derecho penal ante tales hechos fraudulentos. La permisón de tales conductas bajo el amparo del beneficio del plazo es profundamente disfuncional a la mantención de la confianza en las expectativas normativas de los participantes en el tráfico jurídico-económico.

III. TENTATIVA

De acuerdo al modelo que aquí he planteado y con base en las anteriores conclusiones a las que se ha llegado, la insolvencia corresponde al resultado típico del delito en el cual se materializa el riesgo creado por el deudor a través del uso no permitido de su libertad de organización. Debido a la inoperatividad del momento del vencimiento de la obligación como momento y condición para la consumación del alzamiento de bienes y al hecho de que con la producción de la insolvencia el ataque a la norma está perfecto, el delito de alzamiento de bienes se consuma con la

⁴²¹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, 2ª ed., t. III, 1978, p. 51

producción de la insolvencia fraudulenta del deudor. Con la insolvencia se produce el efectivo perjuicio para el acreedor debido a la defraudación de las expectativas de cobro de este último, produciéndose con ello la lesión del bien jurídico⁴²².

Con el modelo que se propone, el período de operatividad que tendrá la tentativa será el que transcurre desde la acción u omisión del deudor hasta el momento de la producción de la insolvencia. Desde un punto de vista dogmático es perfectamente posible encontrar un significativo ámbito de operatividad para la tentativa y el desistimiento voluntario del deudor entre la realización de la conducta y la producción de la insolvencia⁴²³. También en este modelo tiene perfecta cabida la apreciación tanto de la tentativa acabada como inacabada⁴²⁴.

De acuerdo con lo anterior habrá tentativa de alzamiento de bienes cuando el deudor lleve a cabo los actos que objetivamente producirían el resultado de insolvencia pero esta no llega a producirse por causas independientes a su voluntad. Se trata de aquellos casos en que el deudor intenta producir su insolvencia pero no tiene éxito⁴²⁵. Así, si el deudor no lleva a cabo todos los actos que darían lugar a la insolvencia, sino que realiza sólo algunos de ellos se tratará de una tentativa inacabada de alzamiento de bienes.

⁴²² Véase al respecto el capítulo III de la quinta parte.

⁴²³ También admiten la posibilidad de aplicar el desistimiento en el alzamiento de bienes VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 66.

⁴²⁴ De otra opinión, debido la concepción de delito de mera actividad, véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, 2ª ed., t. III, 1978, p. 32, QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, p. 132.

⁴²⁵ En el mismo sentido GONZÁLEZ TAPIA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentario al código penal*, t. VIII, 1999, p. 632; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 66.

Concorre tentativa acabada de alzamiento de bienes cuando, por ejemplo, una empresa luego de haber confeccionado un plan para despatrimonializarse fraudulentamente y que llevará a cabo en diversas operaciones jurídicas simuladas, sólo alcanza a realizar algunas de estas acciones sin que llegue a producirse la insolvencia de la sociedad deudora. Lo mismo es aplicable para el caso de un deudor que no es persona jurídica. Así, por ejemplo, en el caso de un deudor que, elaborando un conjunto de contratos de compra-venta a fin de traspasar a precios irrisorios todos sus bienes, sólo lleva a cabo algunos de estos actos idóneos de disposición patrimonial para producir su insolvencia. Sin embargo, la insolvencia no tiene lugar porque era necesario realizar otros tantos contratos simulados a fin de traspasar un patrimonio que abarcara la cuantía suficiente para dar lugar a su insolvencia⁴²⁶.

Otra situación que puede ilustrar estos casos de tentativa inacabada es aquella en que un deudor busca producir su insolvencia a través de varios contratos de donaciones traspasando su patrimonio a varios de sus hijos. Para ello elabora varios contratos a través de los cuales revestirá jurídicamente los actos de traspaso patrimonial. Sin embargo, en la práctica sólo se firman dos de los ocho contratos elaborados, quedando los restantes actos de donación sin producir efectos jurídicos por la falta de la firma o de otro requisito del deudor donante. Al mantener patrimonio suficiente que haga frente a las pretensiones del acreedor, no se llega a producir la insolvencia. En tal caso se estaría ante una tentativa inacabada al realizar el deudor sólo *parte de los actos que objetivamente* deberían producir el resultado de insolvencia. También podrá apreciarse en algunos casos la tentativa inidónea de alzamiento de bienes cuando un deudor

⁴²⁶ Similar MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 168.

enajene bienes inembargables⁴²⁷. Aun cuando estas situaciones de tentativas inidóneas no son perseguidas en la práctica debido a la dificultad de prueba o de conocimiento de tales maniobras del deudor, al menos dogmáticamente sí son posibles y no presentan mayores obstáculos estructurales en su conformación.

Por otro lado, el tratamiento jurídico-penal para aquella situación en la que, una vez producida la insolvencia, el deudor realiza posteriormente el pago de las deudas será el de comprender tal acto como un hecho post-consumativo del deudor. Este hecho podrá considerarse como una atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del CP extinguiendo además la responsabilidad civil derivada del delito⁴²⁸. O también podrá consistir, como lo han apuntado algunos autores, en una atenuante de arrepentimiento del art. 21.4 del CP⁴²⁹.

IV. CONSUMACIÓN

Impera cierto acuerdo en la doctrina en afirmar que un delito está consumado cuando se realizan todos los elementos tanto objetivos como los subjetivos del tipo penal⁴³⁰. No obstante, como bien se ha dicho, el concepto de consumación es un concepto meramente formal que depende

⁴²⁷ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 168.

⁴²⁸ En el mismo sentido FEIJOO SÁNCHEZ, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del código penal*, 2011, p. 403; PASTOR MUÑOZ, «Los delitos contra el patrimonio (II)», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo código penal*, 2012, p. 357; LA MISMA, «Delitos contra el patrimonio (II)», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., 2011, p. 259.

⁴²⁹ Véase BAJO/BAGICALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 432.

⁴³⁰ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, p. 361; JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 2002, p. 556.

en definitiva de la orientación que posea el tipo penal respectivo⁴³¹. Por ello, primero habrá que saber qué tipo de estructura presenta el delito sobre el cual se analiza el momento consumativo. En el alzamiento de bienes las diversas posturas existentes acerca de la naturaleza del injusto que anteriormente hemos descrito determinan el momento de la consumación del delito de alzamiento de bienes de acuerdo con la estructura típica que defienden. Es decir, el momento consumativo variará si se entiende que el delito es delito de peligro abstracto, de peligro concreto o de resultado de lesión.

Anteriormente se ha podido concluir que el alzamiento de bienes no es un delito de mera actividad ni un delito de peligro concreto, sino que su estructura típica es la de un delito de resultado y de lesión. Sin embargo, a continuación se verá igualmente cómo se entiende y se establece la consumación del alzamiento de bienes en las posturas que lo comprenden de manera distinta a la de delito de resultado y de lesión. El objetivo de ello es dar una vista general de la situación para ofrecer finalmente aquella solución que considero correcta de acuerdo a lo que se ha venido desarrollando y que no es otra que entender la consumación del delito de alzamiento de bienes bajo los parámetros de un delito de resultado y de lesión.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia ampliamente dominante entiende que el delito se consuma con los actos de disposición del deudor sobre su patrimonio que coloquen a éste en situación de no poder hacer frente a sus obligaciones, siempre que dichos actos hayan sido cometidos

⁴³¹ JAKOBS, «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», *Estudios de derecho penal*, 1997, p. 293.

con la intención de perjudicar⁴³². De acuerdo con esta postura, al ser el alzamiento de bienes un delito de mera actividad sólo debería ser necesaria para la consumación la realización de la conducta de alzamiento (o de ocultación) más el elemento subjetivo de la intención de perjudicar al acreedor. Ello sería, por lo demás, lo coherente si se parte de la base metodológica de comprender el tipo como de mera actividad. Pues, como se ha señalado anteriormente respecto a los delitos de mera actividad, basta para su consumación con la sola realización de la conducta prohibida sin necesitar resultado posterior alguno⁴³³.

Sin embargo, algunos de estos autores señalan que como consecuencia de alguna de las acciones descritas de ocultación debe producirse un estado de *insolvencia*⁴³⁴. Esto suscita algunas dudas ya que es posible diferenciar claramente entre el acto de ocultación y el *efecto* de ella. En este sentido, y como se ha sostenido aquí, la insolvencia aparece más bien como un resultado de la conducta típica, como la consecuencia de la acción u omisión del deudor. Además, es bastante ilógico afirmar por una parte que el tipo requiere que el deudor se encuentre en un estado de insolvencia o que el efecto de la acción produzca una situación de insolvencia y luego sostener que tal situación de insolvencia no significa nada en la estructura del injusto.

Cabe agregar además que en los delitos de mera actividad, la configuración de una tentativa es bastante difícil de aceptar. Es lo que sucede por ejemplo en el delito de injuria. O los delitos de peligro

⁴³² Aquí puede agruparse a autores como MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 163 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, 2ª ed., t. III, 1978, p. 52; QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, 1973, p. 131.

⁴³³ Véase FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito*, 2ª ed., 2011, p. 284.

⁴³⁴ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., 2010, pp. 465 y ss.

abstracto (como los delitos contra la seguridad vial) que son delitos de mera actividad y que también presentan serias dificultades a la hora de aceptar la punición de fases previas a la realización de la conducta típica.

Para otro sector de la doctrina la consumación sólo puede ir asociada a la existencia de un perjuicio efectivo para el acreedor. En esta última postura podemos ubicar a autores como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ y SOUTO GARCÍA. Ahora bien, para esta última autora la consumación se verifica con la existencia del perjuicio y este último sólo puede constatarse «tras el vencimiento de la deuda»⁴³⁵. En otras palabras, cuando la obligación que dio lugar al derecho de crédito ha nacido y es exigible. Sólo en ese momento el acreedor sufre el perjuicio material que exige el tipo, con lo cual «la insolvencia sería para la citada autora un resultado intermedio»⁴³⁶. También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ adopta una postura en la cual la consumación se verifica con la efectiva lesión del bien jurídico protegido y ello ocurriría, en opinión de este autor, cuando el crédito que posee el acreedor contra su deudor esté vencido y sea exigible. Pues para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ asumir dicha postura otorga mayor operatividad a la tentativa y a la figura del desistimiento voluntario⁴³⁷.

Como se ha señalado, en este trabajo se entiende que el delito de alzamiento de bienes constituye un delito de resultado y de lesión. Hasta donde veo, no existen problemas en entender la insolvencia como una consecuencia o resultado de las maniobras del deudor. El acto típico de alzamiento da lugar, en términos de imputación objetiva, a un resultado de

⁴³⁵ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 266.

⁴³⁶ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 319.

⁴³⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 74 y 61.

insolvencia patrimonial del deudor. En este sentido, la sustracción o menoscabo del patrimonio para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones que derivan del art. 1911 del CC constituyen la conducta del deudor y su resultado es la inexistencia de bienes o patrimonio en el cual el acreedor pueda satisfacer su crédito o cumplir sus expectativas de cobro.

Sin embargo, a diferencia de la posición minoritaria⁴³⁸, estimo que la consumación no requiere que el crédito esté vencido o exigible como requisito o condición de la consumación. Así ha quedado de manifiesto al comienzo de este capítulo cuando se observó el efecto que produce la institución del vencimiento anticipado de la obligación del deudor. Sólo cabe recordar que la inoperatividad del crédito vencido para apreciar la consumación se debe a la posibilidad de acreedor y deudor de pactar el momento o la condición del vencimiento de la obligación. Incluso por el hecho de poder pactar el vencimiento por motivos ajenos a la capacidad económica del deudor. Ante tal situación es el resultado de insolvencia del deudor lo que produce el perjuicio y por lo tanto la consumación del delito sin considerar si el crédito se encuentra o no vencido.

⁴³⁸ Véase las páginas 91 y siguientes.

TERCERA PARTE
LA INSATISFACTORIA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA
DEL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES.
BASES DE UN MODELO ALTERNATIVO

CAPÍTULO I
PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA ACTUAL INTERPRETACIÓN

I. EL ESPEJISMO DEL CONCEPTO «OCULTACIÓN»

La doctrina ampliamente dominante parte de que de alzarse es ocultar o sustraer los bienes del alcance del acreedor. Se sostiene que la ocultación de los bienes puede realizarse de dos maneras: tanto física como jurídicamente. En general, estos conceptos de ocultación física y jurídica tienen un buen rendimiento en la mayoría de situaciones en que el deudor aparenta su insolvencia frente a sus acreedores. Ello, naturalmente, siempre y cuando *el sentido de la conducta* del deudor sea el evitar responder frente a sus acreedores por sus incumplimientos.

Sin embargo, hay ciertas situaciones en que el sentido de la conducta del deudor difícilmente puede calificarse de «ocultación» de bienes. Particularmente, en determinados ámbitos del tráfico económico puede ocurrir que una conducta de disposición patrimonial del deudor cuyo sentido sea objetivamente una inversión, la realización de un negocio de riesgo o una gestión económica del patrimonio irrazonable produzcan aparentemente el mismo efecto de «ocultación» de los bienes ante los acreedores. No obstante, aun produciendo la insolvencia, se trata de casos en que el deudor ni ha ocultado físicamente sus bienes porque no los ha

mantenido escondidos del acreedor ni ha simulado su enajenación a través de contratos simulados. Aun así, su insolvencia se ha producido por actuaciones que claramente pueden considerarse como conductas que superan un riesgo permitido y que objetivamente ocasionan un perjuicio efectivo al acreedor. Estos casos también tienen cabida en los delitos de alzamiento de bienes, y en general, en los tipos correspondientes a las insolvencias punibles al modo establecido por ejemplo en el § 283 StGB.

Así, frente a aquellas conductas que provoquen la insolvencia del deudor sin ser acciones de ocultación o sustracción sino que correspondan a actuaciones por encima del nivel de riesgo permitido, el concepto de ocultación manejado tradicionalmente por la doctrina hace aguas por todos lados. Esto es así por el hecho de que en tales casos el deudor ni oculta ni sustrae bienes del alcance del acreedor sino que en el uso de su libertad de disposición sobre su patrimonio defrauda las expectativas de cobro mediante la realización de actuaciones que por superar un riesgo permitido dan lugar a la insolvencia.

Si, por el contrario, se quisiera dar cabida a estos casos de insolvencia del deudor en que no existe propiamente ocultación, el problema que observo es que el significado de la palabra ocultación posee una fuerte carga negativa, en el sentido de algo que se esconde. En realidad, estos conceptos de ocultación o sustracción para las conductas que realiza el deudor no nos dicen nada para aquellas situaciones de deudores que operan en un sistema financiero cada vez más tecnificado. Ya con el primer concepto de «alzarse» la doctrina señaló que era demasiado amplio y poco concreto y se llegó al acuerdo de que la solución pasaba por entender «alzarse» como «ocultar» o «sustraer».

Sin embargo, en los sectores del tráfico económicos en que el flujo de bienes y servicios es constante y en ocasiones de un alto riesgo debido a

las permanentes actuaciones sobre el patrimonio, el concepto de ocultación presenta algunas deficiencias que deben ser abordadas. Al respecto la pregunta que pone de relieve las falencias del concepto de ocultación para el sector económico-financiero es la siguiente: ¿Qué es lo que convierte a una disposición patrimonial económica permitida en una «ocultación» típica y jurídico-penalmente relevante a la luz del alzamiento de bienes? ¿Cómo distinguir aquellas actuaciones sobre el propio patrimonio que forman parte de la libertad jurídica garantizada de aquellas actuaciones que lesionan el interés de terceros?

Quizás el ejemplo que mejor refleje la situación a la que me vengo refiriendo sea el de los casos de modificación estructural de una sociedad. La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles publicada en BOE núm. 82 de abril de 2009, tiene por objeto la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de cualquier sociedad mercantil. En virtud de esta Ley una sociedad puede llevar a cabo la siguiente operación: X, sociedad deudora puede crear una sociedad Z trasladando todo su activo a esta última y manteniendo todo el pasivo en la sociedad X o creando otra sociedad a efectos de traspasar el pasivo. Tal operación puede responder al objetivo de hacer más competitiva su actuación en el mercado, a una estrategia financiera en el sector en que desarrolla su actividad, o a cualquier otro motivo económico-financiero. Los motivos de tales operaciones pueden ser, desde la óptica empresarial, múltiples. Sin embargo, las actuaciones sobre el patrimonio que lleva a cabo la sociedad originaria X repercuten claramente en los intereses o, más bien, en las expectativas de cobro que tienen los acreedores de dicha sociedad. Estos ven como la sociedad deudora traspasa su activo a una tercera sociedad dejando el pasivo en

otra y observando cómo la sociedad originaria ve reducida su garantía patrimonial para hacer frente a los créditos que tiene.

Bajo una interpretación del alzamiento de bienes como la que maneja la postura dominante, basada en el concepto de ocultación como paradigma de la conducta típica, se debería afirmar que la sociedad X ha cometido el delito de alzamiento de bienes, ya que tal empresa ha apartado u «ocultado» jurídicamente sus bienes del alcance de sus acreedores al traspasarlos a otra sociedad creada para tal fin. En estricto rigor, para la postura dominante, la tipicidad de la conducta del deudor radica en gran parte en la fórmula subjetiva de la *intención de perjudicar*. Por ello, la doctrina mayoritaria señala que su estructura es la de un delito de intención, de tendencia y mera actividad. Sin embargo, dicha perspectiva basada en la existencia de un ánimo atribuye relevancia a un dato subjetivo de imposible prueba directa y de difícil constatación; ahora bien, la determinación de lo prohibido o permitido no puede quedar en manos de criterios subjetivos tal y como hasta ahora se hace bajo la postura dominante en doctrina y jurisprudencia.

La conclusión de si la actuación sobre el propio patrimonio es o no típicamente relevante no puede solucionarse a la luz del tradicional concepto de ocultación basada en la prueba de indicios de un supuesto ánimo de perjudicar del deudor. Efectivamente, desde un punto de vista formal sí existe un traspaso de bienes de la esfera patrimonial del deudor (sociedad X) a una tercera sociedad creada. Sin embargo, éste es un comportamiento económico amparado normativamente por el ordenamiento jurídico (Ley 3/2009 de 3 de abril) y que no puede ser comprendido automáticamente como ocultación a la luz del delito de alzamiento de bienes.

En estos casos de complejidad económica el concepto de ocultación nada nos indica acerca de si un acto posee un sentido normativo de contrariedad a la norma. Por eso la doctrina dominante que mantiene la ocultación como la conducta típica, debe recurrir a los elementos subjetivos para llenar el déficit de taxatividad del tipo de alzamiento de bienes. Esta comprensión subjetiva es inadecuada si queremos construir un Derecho penal alejado de las intenciones.

Al contrario de la opinión dominante, estimo que se debe observar intersubjetivamente si las actuaciones del deudor son realizadas en el marco de un riesgo permitido, considerando si tales comportamientos poseen un *sentido económico propio*, o si por el contrario estos actos de disposición patrimonial tienen únicamente *un sentido de defraudar expectativas de cobro*. La solución de la ponderación entre la libertad de actuación del deudor y los derechos de terceros no pasa por la utilización de criterios subjetivos sino por criterios intersubjetivos a la luz de la teoría de la imputación objetiva. El camino que en mi opinión es el más correcto para la solución de los problemas que aquí se presentan supone un alejamiento de lo subjetivo y un acercamiento a criterios normativos para que de esta forma el problema de la colisión de libertades entre dos ámbitos de organización en contacto, como sucede en el caso del acreedor con su deudor, sea solucionado con criterios intersubjetivos.

Al respecto, como bien ha sido señalado por la doctrina, la teoría del comportamiento jurídicamente desaprobado debería asumir la misión de deslindar las conductas del deudor que serían susceptibles de realizar el tipo de aquellas otras que, por moverse dentro de márgenes de libertad económica, no podrían calificarse como hechos penalmente

desaprobados⁴³⁹. En este sentido se trata en otras palabras de que el derecho de crédito o la expectativa de cobro no supongan un obstáculo insalvable al ejercicio de la libertad de organización de un deudor. La movilidad del capital es fuente de riqueza y prosperidad en la actual configuración económica y social por lo que su limitación debe ser establecida con cuidado si no se quiere restringir en exceso la libertad de quien desempeña un importante rol en el subsistema económico.

La limitación del concepto «ocultación» no sólo se observa en conductas comisivas, esto es, en acciones. También se presenta totalmente disfuncional para los casos de omisión, en concreto, para la aplicación de la comisión por omisión en el alzamiento de bienes como en todos los delitos de insolvencia. Como se observó, la ocultación es entendida como una acción, una comisión activa, y no da mucho margen a la posibilidad de apreciar conductas omisivas por la propia naturaleza activa de la palabra. La admisibilidad de la comisión por omisión debe pasar por reformular el concepto de ocultación como conducta típica, pues parece bastante difícil aceptar que pueda hablarse de una ocultación por omisión. La solución pasa por reformular el genotipo del injusto y poner énfasis en la insolvencia como resultado a evitar por el deudor. En este sentido, se ha apuntado recientemente de manera acertada que en el alzamiento de bienes se trata más bien de averiguar si el deudor puede provocar su insolvencia limitándose a no evitarla⁴⁴⁰.

⁴³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Economist & Jurist*, 2007, p. 76.

⁴⁴⁰ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 275.

II. LA SOBREVALORACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO

Como se observó anteriormente, la postura mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sostiene una interpretación de este tipo penal basada en un absoluto predominio de lo subjetivo, sustentada en la comprobación de un *elemento tendencial* o de *ánimos* o *intenciones* con que realiza el comportamiento el deudor para afirmar o descartar la existencia de tipicidad de la conducta⁴⁴¹. El planteamiento dominante adolece de un *déficit de comprensión del tipo objetivo* que le lleva a sostener la imputación del delito sobre la base de indicios de lo subjetivo que puedan encontrarse en comportamientos del deudor. Es verdad que el tipo penal de alzamiento de bienes presenta un déficit de taxatividad que ha sido puesto de manifiesto por alguna sentencia del Tribunal Supremo donde se manifiesta la posible incompatibilidad con el principio de legalidad⁴⁴². Sin embargo, la escueta descripción de la conducta típica no justifica en ningún modo recurrir a los ánimos o elementos subjetivos para rellenar el déficit de la descripción legal del tipo objetivo.

Una posible explicación de la excesiva subjetivización en la concepción del alzamiento de bienes puede ser el hecho de que la comprensión de la figura del fraude de acreedores en la jurisprudencia civil se haya construido sobre la base de una concepción subjetiva, otorgándose gran importancia al ánimo del deudor de causar un perjuicio al acreedor. Sin embargo, actualmente la propia jurisprudencia y doctrina civil han dado un giro hacia una concepción más objetiva del fraude de acreedores

⁴⁴¹ Véase STS núm. 875/2000 de 19 de mayo (RJ 2000\4898); STS núm. 562/2000 de 31 de marzo (RJ 2000\3488); STS núm.1055/2000 de 16 de junio (RJ 2000\6310); STS núm. 1347/2003 de 15 de octubre (RJ 2003\7756); STS núm. 690/2003 de 14 de mayo (RJ 2003\4410); STS núm. 1117/2007 de 28 de noviembre (RJ 2008\550); STS núm. 286/2010 de 6 de abril (RJ 2010\4852); STS núm. 440/2012 de 25 de mayo (RJ 2012\9045).

⁴⁴² STS núm.1827/2000 de 29 de noviembre (RJ 2000\9529).

centrada más en la protección del derecho de crédito que en lo subjetivo de la actuación del deudor⁴⁴³. En este sentido se ha pronunciado recientemente la jurisprudencia de la sala civil del Tribunal Supremo, cuando señala que *«se ha consolidado un cambio doctrinal desde una posición marcada por lo subjetivo del fraude, por una más objetivable y funcional. Idea que, por lo demás, viene a ser de toda lógica según el propio órgano juzgador dada la imposibilidad de demostrar un estado de malicia que pertenece al proceloso mundo de las intenciones. Así el presupuesto de la actuación del deudor en el fraude de acreedores no es un grado de malicia...sino que es la disminución de la garantía patrimonial del deudor hasta el límite de su insolvencia, que es considerada un daño. Si es considerada tal cosa, no es por el elemento subjetivo, sino por la disminución injustificada de la garantía patrimonial con arreglo a los deberes de tutela de la efectividad del derecho de crédito»*⁴⁴⁴.

Si en el Derecho civil se ha objetivizado el fraude de acreedores alejándose de una comprensión subjetivista, es un contrasentido el hecho de que el Derecho penal se mantenga en ella. De acuerdo a lo anterior, cualquier argumento a favor de una configuración subjetiva del tipo penal basada en el fraude civil de acreedores no tiene hoy en día mayor sustento.

En realidad, lo que viene sucediendo en estos delitos de intenciones, como sería el alzamiento de bienes según la opinión dominante, es que la superación del déficit de taxatividad referido a la ambigua determinación

⁴⁴³ Así lo pone de manifiesto recientemente la STS núm. 510/2012 de 7 de septiembre (RJ 2013\2265).

⁴⁴⁴ Véase STS (sala de lo civil) núm. 510/2012 de 7 de septiembre (RJ 2013\2265).

de lo prohibido se compensa por medio de que el hecho tiene que haber sido “intencional”⁴⁴⁵. Ahora bien, otorgar tal importancia para la configuración del tipo a los elementos subjetivos, lleva en realidad a una valoración de la conducta basada en lo subjetivo que concede a la interpretación un ámbito incontrolable⁴⁴⁶. El tipo del alzamiento de bienes es un claro ejemplo tal situación, ya que recurriendo a los elementos subjetivos se configura una interpretación insatisfactoria, desatendiendo cuestiones normativas que nada tienen que ver con la psique de los sujetos⁴⁴⁷.

La doctrina dominante ha advertido este problema en el alzamiento de bienes y ha planteado al respecto que, si bien es difícil la prueba de las intenciones de perjudicar del deudor como en general lo es la prueba de un aspecto psicológico, ello no es imposible y por ello «hay que estar al caso concreto»⁴⁴⁸ para determinar la existencia de este ánimo. Sin embargo, una comprensión así del delito no puede sino ser objeto de críticas por la inseguridad que otorga el hecho de que se tenga que estar «al caso concreto» para sostener nada menos que la existencia de un hecho típico que puede conducir a la imposición al autor de una pena de hasta seis años de prisión. Por el contrario, como se ha venido señalando, es justamente frente a estos casos de excesivo subjetivismo en la interpretación de los tipos donde la teoría de la imputación objetiva puede contribuir a una mayor objetivización del injusto típico⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ Véase STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general*, 2005, p. 172.

⁴⁴⁶ Véase JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 374.

⁴⁴⁷ Véase FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial», *InDret* 2/2009, p. 56.

⁴⁴⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 121.

⁴⁴⁹ ROXIN, *InDret*, 2012, p. 9

De acuerdo a lo observado hasta el momento, es posible afirmar que bajo la posición dominante del delito de alzamiento de bienes, tanto en doctrina como particularmente en la jurisprudencia, la atribución de *sentido delictivo a la conducta* del deudor se ha venido realizando principalmente a través de la constatación de intenciones o ánimos que tendría éste y que surgirían de una serie de indicios derivados del caso concreto. Detrás de la exigencia del ánimo de perjudicar a un acreedor para determinar que un sujeto es autor del delito de alzamiento de bienes late una característica propia de las teorías subjetivas de la autoría: la determinación de la autoría en función de la voluntad del interviniente⁴⁵⁰.

Por último, desde un punto de vista metodológico es bastante inconsecuente ver en los elementos subjetivos del tipo el criterio sobre el cual radica la existencia de la tipicidad objetiva⁴⁵¹. Metodológicamente, lo primero es considerar la existencia de un riesgo típico jurídico-penalmente desaprobado y luego afirmar la existencia del dolo o de otros elementos subjetivos adicionales. Por el contrario, partir de la afirmación de que al existir determinadas intenciones se entiende ya probada la tipicidad del delito es buscar una solución hecha a la medida de una interpretación cuyo déficit se basa precisamente en un incompleto análisis de la tipicidad objetiva de acuerdo a una teoría normativa del comportamiento típico.

⁴⁵⁰ Véase acerca de las teorías subjetivas de la autoría JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, pp. 735 y ss.

⁴⁵¹ Véase al respecto GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, pp. 412 y s.

III. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN LOS DELITOS DE INSOLVENCIA

La discusión acerca de la comisión por omisión en los delitos de insolvencia ha sido estudiada siempre a partir de la posibilidad de admitir un alzamiento de bienes por omisión. Respecto a esto, lo primero que debe quedar claro es que el tipo penal de alzamiento de bienes no constituye una omisión pura⁴⁵². Por lo tanto, la discusión de la omisión en el tipo de alzamiento se centra exclusivamente en relación con la comisión por omisión.

En cuanto a la comisión por omisión, existe un grupo de casos problemáticos sobre los cuales la doctrina ha discutido la posibilidad de admitir tal forma de responsabilidad del deudor. Partiendo de la base de que la insolvencia es un resultado a imputar objetivamente, la pregunta que se hace al respecto es si el deudor puede provocar su propia insolvencia limitándose a no evitarla y responder por alzamiento de bienes en comisión por omisión⁴⁵³.

En principio, es cierto que podrían observarse más obstáculos para afirmar la posibilidad de comisión por omisión en el alzamiento de bienes. Me refiero a que, de acuerdo a la cláusula general del art. 11 del CP, sólo los delitos de resultado podrían cometerse en comisión por omisión. Sin embargo, ello no representa ninguna infracción de lo dispuesto en la cláusula, pues como se ha observado aquí se parte de la base de que el alzamiento de bienes es justamente un delito de resultado. Además, podría afirmarse que los requisitos de la cláusula general de la comisión por omisión son sólo exigibles para los delitos de resultado y que en el Código

⁴⁵² En el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 62.

⁴⁵³ Véase SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 275.

penal, al no pronunciarse respecto a otro tipo de delitos, por ejemplo los delitos que no consistan en la producción de un resultado, nada impide que se pueda cometer en comisión por omisión un delito que no sea de resultado. A continuación se analizan los casos sobre los cuales la doctrina viene discutiendo la posibilidad de apreciar alzamiento de bienes en comisión por omisión.

1. El deudor que omite declarar bienes en un embargo

Este caso consiste en la omisión del deudor de declarar bienes ante la autoridad competente que va a realizar un embargo. Para este supuesto la doctrina ha sostenido que la no manifestación de bienes por el deudor no constituye un caso de alzamiento de bienes en comisión por omisión. Se señala al respecto que no existe en el ordenamiento jurídico una norma que imponga un deber especial que obligue al deudor a cooperar en la localización de su patrimonio y que «el deudor no está obligado en ningún modo a la localización de sus bienes para facilitar la labor del agente judicial o del ejecutante»⁴⁵⁴.

También se señala, como argumento en contra de la admisibilidad de la comisión por omisión, que no hay una posición de garante del deudor, ya que «no existiendo deber legal de actuar del deudor, no puede haber alzamiento omisivo»⁴⁵⁵ o, en la misma línea argumental, «porque el deudor no está obligado en modo alguno a la localización de sus bienes para facilitar la labor de la autoridad»⁴⁵⁶. La jurisprudencia se ha adherido

⁴⁵⁴ Véase MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 117.

⁴⁵⁵ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 117; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 57;

⁴⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 62.

a la tesis de rechazar la comisión por omisión en estos casos de embargo de bienes del deudor sumándose a la tesis de que «no hay alzamiento de bienes cuando ante el requerimiento de la autoridad el deudor no declare todos sus bienes»⁴⁵⁷.

En mi opinión, en efecto, la omisión del deudor de declarar bienes en el embargo no puede constituir de ninguna manera un alzamiento de bienes en comisión por omisión. Desde una perspectiva material de la comisión por omisión⁴⁵⁸, es bastante difícil afirmar que el compromiso del deudor de actuar a modo de barrera de contención de riesgos que pudieran afectar al derecho de crédito del acreedor comprenda el compromiso de manifestación de bienes a la autoridad judicial cuando ésta realiza el embargo. En este sentido, parece difícil sostener la existencia de un deber del deudor de ayudar al acreedor a localizar bienes para la satisfacción de este último. Además, dada la configuración del ordenamiento jurídico, tal como lo dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 590), la función de investigación del patrimonio del ejecutado corresponde de manera exclusiva al ejecutante y de manera subsidiaria a la administración de justicia. No se establece que dicha función le competa al deudor ni siquiera de manera subsidiaria. En fin, cabe pensar que la situación de insolvencia por la no designación de bienes por parte del deudor existirá más bien porque, de manera previa al acto de designación de bienes frente a la autoridad competente, el deudor ha realizado activamente la producción de su insolvencia. En otras palabras, la no designación de bienes no constituye el hecho de la creación de una insolvencia, sino que es la conducta activa anterior al momento de designación de bienes aquella a través de la cual se ha ocultado el patrimonio del deudor.

⁴⁵⁷ STS núm. 228/2013 de 22 de marzo (Roj STS 1919/2013).

⁴⁵⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, pp. 471 y ss.

2. El deudor-heredero que no acepta una herencia

En este supuesto se trata de un deudor que no acepta una cuantiosa herencia de la cual ha sido beneficiario ocasionando así un perjuicio a sus acreedores, ya que éstos no pueden encontrar patrimonio donde satisfacer sus créditos. También para este supuesto la doctrina dirige la atención a la existencia de un deber legal del deudor-heredero de aceptar o no la herencia para afirmar o rechazar la posición de garante y, en consecuencia, la comisión por omisión del deudor. En este sentido, la opinión dominante señala que al ser la aceptación de la herencia un acto voluntario y libre, tal como dispone el artículo 988 del Código Civil, no puede derivarse ningún deber de aceptar la herencia. Por lo demás, no existe en el resto de nuestro ordenamiento jurídico ninguna otra norma que imponga al deudor un deber de aceptar la herencia⁴⁵⁹. En realidad, con el mismo argumento y hasta donde veo de manera unánime por la doctrina, se rechaza la posición de garante del deudor y la posibilidad por tanto de un alzamiento de bienes en comisión por omisión⁴⁶⁰. También la jurisprudencia se ha sumado a la tesis que rechaza la posibilidad de admitir la existencia en comisión por omisión de alzamiento de bienes de un deudor que rechaza una herencia⁴⁶¹.

Sin embargo, la conclusión de la doctrina dominante al respecto no es del todo satisfactoria. Esto es debido a que, si la aceptación de la herencia fuese un acto absolutamente libre y voluntario como se sostiene, el

⁴⁵⁹ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 118.

⁴⁶⁰ Véase SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 279; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 118; GONZÁLEZ TAPIA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. VIII, 1999, p. 621.

⁴⁶¹ SAP de Asturias núm. 10/2003 de 21 de enero de 2003.

ordenamiento jurídico no les otorgaría a los acreedores del heredero-deudor la posibilidad de aceptar la herencia en nombre de él, previa solicitud al Juez⁴⁶². Además cabe señalar que la libertad del deudor para repudiar la herencia no llega allí donde mediante tal uso de su libertad pueda perjudicar a terceros. Así lo consagra por lo demás la norma del artículo 6.2 del CC cuando dispone que las renunciaciones a los derechos *sólo serán válidas cuando no perjudiquen a terceros*.

Otros autores, que también rechazan que el caso comentado constituya un supuesto de alzamiento de bienes en comisión por omisión, sostienen que el hecho de renunciar a la herencia no implica una ocultación o destrucción de los bienes y, por lo tanto, no encajaría dicha conducta en la descripción literal de alzarse con los bienes⁴⁶³. Aparte del hecho de que con tal argumento se pone de manifiesto la dificultad de recurrir al concepto de ocultación en los casos de omisión, en mi opinión, el problema radica en el hecho de confundir acción y omisión. Al respecto me parece que no aceptar una herencia constituye una acción y no una omisión. De hecho, la repudiación es un acto que deberá realizarse por la persona, en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente. La inactividad no presupone el repudio de la herencia. Por el contrario, el repudio de la herencia, deberá tener lugar activamente.

3. La omisión de llevar una correcta contabilidad mercantil

El tercer caso en el que se ha discutido la posibilidad de apreciar alzamiento de bienes en comisión por omisión consiste en la ocultación de

⁴⁶² La norma del artículo 1001 del CC señala que: “Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél”.

⁴⁶³ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 277.

bienes, créditos, dinero u otras especies de derechos en el balance del deudor. Así, se señala que el balance que oculta patrimonio puede entenderse como un caso de comisión por omisión en virtud del deber del deudor de llevar una correcta contabilidad mercantil⁴⁶⁴. Al igual que los casos anteriores, la posición de garante vendría otorgada única y exclusivamente por la existencia de un deber extra penal de llevar una correcta contabilidad.

A modo de comparación, en el § 283 (1).5 del StGB sí se tipifica un delito de omisión pura para quien «omita llevar libros de contabilidad estando obligado legalmente, o los lleve tal manera que dificulte la visión de conjunto de su estado patrimonial». Aun así, la doctrina alemana intentando delimitar el tipo, plantea que debe apreciarse el hecho típico para aquellos casos en que el deudor no lleve libros de contabilidad durante un considerable espacio de tiempo, de tal forma que la información patrimonial del deudor no pueda ser localizada de ninguna manera. De acuerdo a ello, quedaría fuera del alcance de este tipo la mera omisión transitoria de la llevanza de libros de contabilidad⁴⁶⁵. Sin embargo, cabe sostener que en el caso español el deber de llevar contabilidad no alcanza a todo deudor, sino únicamente al obligado por Ley tributaria. Por lo demás, la omisión de llevar una correcta contabilidad mercantil constituye un delito de fraude contable tipificado en el art. 310 del CP aplicable únicamente al obligado tributario, donde además se exige una cuantía que exceda de los 240.000 euros por cada ejercicio económico para las los supuestos correspondientes a las letras c)

⁴⁶⁴ BAJO /BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 428.

⁴⁶⁵ BOSCH, *StGB Kommentar*, 2009, «§283», nm. 23.

y d) del citado artículo⁴⁶⁶. En este sentido, tal deber tributario no alcanza, en principio, al deudor que comprende el delito de delito de alzamiento de bienes.

Para otro sector de la doctrina, lo sostenido por BAJO/BACIGALUPO respecto de la omisión de la llevanza de la contabilidad del deudor, plantea serias dudas. Al respecto, se señala que en realidad presentar un balance falso constituye más bien una acción que una omisión⁴⁶⁷. Por lo menos como acción parece estar establecido en el art. 261 del CP que castiga al que en un procedimiento concursal presentare datos falsos relativos al estado contable con el fin de lograr la declaración de concurso.

En definitiva y a modo de síntesis, son estos tres casos que se acaban de analizar los constituyen los supuestos sobre los cuales viene trabajando la doctrina en referencia a la comisión por omisión en el delito de alzamiento de bienes, no obstante la existencia de esta discusión en la mayoría de las publicaciones sobre el tipo de alzamiento, cabe decir que la doctrina absolutamente mayoritaria rechaza la posibilidad de apreciar un delito de alzamiento de bienes en comisión por omisión en todos los casos anteriores.

IV. CRÍTICA A LA DOCTRINA DOMINANTE. NUEVOS CASOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN SIN SOLUCIÓN SATISFACTORIA

Al estudiar la discusión de la comisión por omisión en el delito de alzamiento de bienes puede sostenerse que la cuestión de fondo ha

⁴⁶⁶ Véase para más detalles SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, 2002, pp. 34 y ss.

⁴⁶⁷ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 279.

consistido en la afirmación o negación de la posición de garante del deudor desde la visión de la teoría formal del deber jurídico. Efectivamente, de acuerdo con la postura ampliamente mayoritaria, la estructura de la comisión por omisión en el alzamiento de bienes dependería de la existencia de un deber legal o contractual de actuar que, sumado a la su vulneración, daría lugar automáticamente a un alzamiento de bienes en comisión por omisión por parte del deudor.

Según observo, el recurso a los postulados de la teoría formal del deber jurídico por parte de la doctrina se aprecia con la aplicación de la fórmula *no-deber* de actuar del deudor, *no-posición* de garante⁴⁶⁸. Tal situación es en todo caso bastante extraña especialmente en autores como MUÑOZ CONDE que en su obra de la Parte General del Derecho Penal critica el recurso a criterios meramente formales para fundamentar la posición de garantía, mientras sigue utilizando dicha fundamentación formalista para el alzamiento de bienes⁴⁶⁹. Efectivamente, este autor respecto al alzamiento de bienes sigue negando la posición de garante del deudor bajo la lógica de la existencia o inexistencia de un deber legal específico. Incluso los más recientes trabajos relativos en la materia siguen negando la existencia de la posición de garantía del deudor utilizando básicamente

⁴⁶⁸ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, pp. 62 y ss.; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, pp. 275 y ss.; GONZÁLEZ TAPIA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. VIII, 1999, p. 621; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 117 y ss.; BACIGALUPO, *Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*, 1970, p. 107.

⁴⁶⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 245; EL MISMO, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 117 y ss.

los mismos argumentos de la postura tradicional referidos a la inexistencia de un deber especial de actuar del deudor⁴⁷⁰.

Por su parte, en la doctrina alemana tampoco existe mayor discusión sobre la comisión por omisión en las diversas conductas típicas de insolvencia punible que contiene el § 283 StGB. En general, se encuentran únicamente breves referencias a esta cuestión cuando no es expresamente rechazada la comisión por omisión en los tipos de insolvencia del StGB. Al respecto, autores como KINDHÄUSER, refiriéndose a la modalidad de ocultación de bienes (*beiseiteschaffen*), descartan la posibilidad de comisión por omisión por la falta de posición de garantía del deudor frente al acreedor. Sin embargo, este autor admite que es posible considerar una posición de garantía del deudor en virtud de injerencia cuando, a través de un comportamiento previo, el peligro de ocultación de bienes o activos patrimoniales es provocado por medio de terceros⁴⁷¹. Recientemente, también en relación a las modalidades de insolvencia punible del StGB, ALTENHEIN ha manifestado únicamente que «es posible una comisión por omisión para tales variantes delictivas»⁴⁷². No obstante, este autor no ofrece mayor indicio de cómo se llega a tal conclusión.

Pese a estas dos referencias recién expuestas, la doctrina alemana dominante rechaza la posición de garantía del deudor. Se esgrime al respecto que «la cualidad o posición del deudor no puede fundamentar un

⁴⁷⁰ Cfr. SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 279; CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 245; GONZÁLEZ TAPIA, «Artículo 257», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. VIII, 1999, p. 621.

⁴⁷¹ KINDHÄUSER, *NK*, 4ª ed., 2013, «§283», nm. 14.

⁴⁷² ALTENHAIN, *StGB Kommentar*, 2013, «§283», nm.35.

deber de garante respecto al acreedor»⁴⁷³. Especialmente TIEDEMANN, autor que se ha ocupado monográficamente del tema del Derecho penal de la insolvencia, ha negado expresamente la posibilidad de apreciar una comisión por omisión para tales casos. Este autor sostiene que «al deudor no le alcanza ningún deber de conservar su patrimonio en favor de sus acreedores, pues aceptar que el deudor es garante de protección del patrimonio de todos sus acreedores presentes y potenciales sería ir demasiado lejos, ya que la libertad del deudor quedaría demasiado restringida»⁴⁷⁴. En este sentido, para el citado autor simplemente no puede afirmarse que el no impedir la sustracción o la destrucción de parte de su patrimonio constituyan hechos típicos de insolvencia del deudor⁴⁷⁵. Por ello, TIEDEMANN sostiene que sólo cabe la posibilidad de comisión por omisión en virtud de injerencia cuando, luego de abrirse el proceso concursal, el deudor posibilitó la ocultación de sus bienes a un tercero⁴⁷⁶. En relación a esta última idea, otros autores señalan que habría ocultación en comisión por omisión cuando el deudor no da a conocer su patrimonio al abrirse el proceso concursal ya que en virtud de los §§ 20, 22 III 3 y 97 de la Ley Concursal Alemana (InsO) el deudor cambiaría su posición de deber (*Pflichtenstellung*), teniendo en virtud de las normas contenidas en la Ley extra-penal el deber de dar a conocer al administrador de la masa o al juez concursal la ubicación de sus bienes. Por tanto, si no lo hace y

⁴⁷³ LACKNER/KÜHL, *StGB Kommentar*, 26ª ed., 2007, «§283», nm. 4; RADTKE/PETERMANN, *MK*, 2ª ed., 2014, «§283», nm. 16.

⁴⁷⁴ TIEDEMANN, *Insolvenzstrafrecht*, 2ª ed., 1996, p. 125; EL MISMO, *LK*, 12ª ed., 2009, «§283», nm. 37.

⁴⁷⁵ TIEDEMANN, *Insolvenzstrafrecht*, 2ª ed., 1996, p. 125.

⁴⁷⁶ TIEDEMANN, *LK*, 12ª ed., 2009, «§283», nm. 37.

omite proporcionar la información entonces comete ocultación por omisión⁴⁷⁷.

Así pues, a excepción de estos casos aislados referidos a lo que ocurre una vez abierto un proceso concursal, la doctrina dominante alemana rechaza la posición de garante también bajo la fórmula de la teoría formal del deber jurídico que basa la posición de garante en la existencia del deber extra penal.

Retomando la situación en el Derecho español, cabe destacar que resulta bastante extraño que la discusión de la doctrina acerca de la comisión por omisión haya girado exclusivamente y durante tanto tiempo sólo en torno a los tres casos anteriormente vistos⁴⁷⁸. Esto es, a los supuestos del deudor que omite declarar bienes en un embargo, que rechaza una herencia o que no lleva la contabilidad. Tales supuestos han sido una y otra vez comentados y repetidos por los autores, pero siempre llegando a las mismas conclusiones de negar la posición de garantía del deudor, generalmente bajo los argumentos de la teoría formal del deber jurídico⁴⁷⁹. Sin embargo, aparte de estos casos tradicionales a los que se ha hecho mención, puede imaginarse un número no menor de situaciones que producen un perjuicio al acreedor mediante la no evitación dolosa de la insolvencia por parte del deudor.

⁴⁷⁷ Véase RINJES, en MOMSEN/GRÜTZNER (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2013, p. 879.

⁴⁷⁸ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, pp. 61 y ss.; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, pp. 275 y ss.; BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., 2010, p. 428; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, pp. 116 y ss.

⁴⁷⁹ Véase SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 279; CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 245; GONZÁLEZ TAPIA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. VIII, 1999, p. 621; DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP*, 1994, p. 18.

Algunas de estas constelaciones de casos que pueden presentarse como omisiones relevantes al efecto pueden ser las siguientes:

1. Un deudor posee como único patrimonio realizable un lujoso vehículo tasado en decenas de miles de euros. Ante la posibilidad de que su acreedor se dirija contra él por no haber pagado la obligación, el deudor omite cerrar las puertas del vehículo asegurándose que el lujoso automóvil sea robado por terceros. Esto último efectivamente sucede y no sólo no es evitado por el deudor sino que éste contempla dicha situación pasivamente desde unos pocos metros del lugar de los hechos hasta asegurarse que el robo se lleva a cabo. Como efecto de tal no evitación dolosa, se presenta insolvente ante los acreedores ya que no posee más patrimonio realizable.
2. La entidad financiera BANCO INVERSIONES S.A, posee un derecho de crédito contra su deudor. Este último, para garantizar la obligación con su acreedor, constituyó una hipoteca sobre un lujoso inmueble de gran valor económico que poseía en las afueras de la ciudad y que representaba todo su patrimonio realizable. En un momento determinado, el deudor advierte que no podrá cumplir con su obligación frente a la entidad financiera y, ante la inminente pérdida de la finca a manos de su acreedor, omite dolosamente todo aseguramiento necesario del inmueble. En concreto, permite que un grupo de “okupas” entre en el inmueble, destruyéndolo por completo de tal forma que el inmueble pierde la mayoría de su valor económico.
3. Un deudor realiza mensualmente desde su cuenta bancaria un conjunto de donaciones de elevadas sumas de dinero mediante un mecanismo automático de transferencia. En un momento

determinado éste deudor atraviesa una difícil situación patrimonial y aun cuando es consciente de su situación no revoca las donaciones. Ello no sólo agrava su situación patrimonial, sino que le acaba generando una situación de insolvencia frente a sus acreedores.

4. Un deudor, que es propietario de una marca comercial, permite que un tercero utilice dicha marca comercial sin exigir ninguna compensación por ello. La omisión del cobro de los derechos que le corresponde evita la entrada de importantes recursos económicos en su patrimonio. Lo anterior, junto a la grave situación económica que atraviesa, va generando un peligro en su patrimonio que le produce finalmente la imposibilidad económica de responder frente a sus acreedores. El cobro de los derechos que le corresponderían por el uso de la marca de un tercero habría evitado su insolvencia y el perjuicio a sus acreedores.
5. Un deudor, que posee varias deudas significativas por haber solicitado innumerables créditos de consumo a diversos acreedores, obtiene el premio mayor de la lotería. No obstante conocer perfectamente la situación de crisis patrimonial por la que atraviesa, omite dolosamente el cobro del premio hasta alcanzar el plazo de caducidad del boleto premiado lo que le impide cobrar el premio y acaba por perjudicar a sus acreedores.
6. Un agricultor obtiene un crédito de 25 mil euros para cosechar 10 hectáreas de tierra. Unos días antes de realizar el proceso de recogida de la cosecha, se le informa de que una plaga de insectos que amenaza con destruir completamente todas las hectáreas de la zona donde posee su plantación. Junto con la información de la amenaza, se le proporciona por parte de la autoridad competente

los consejos y medidas necesarias para hacer frente a la plaga y evitar la pérdida de su inversión. Sin embargo, hace caso omiso de todas las medidas idóneas que se habían puesto a su disposición. Por el contrario, el deudor se encomienda a los «espíritus ancestrales» de su tierra esperanzado que salvarán su cosecha. Llegado el momento, la plaga destruye totalmente toda la cosecha del agricultor produciéndole una situación de insolvencia patrimonial.

Para la postura dominante todos los casos anteriores y otros supuestos de no evitación de la producción de la insolvencia del deudor quedarían sin sanción alguna, pues no existe un deber legal especial que obligue al deudor a realizar la acción que evite el resultado de insolvencia. No obstante, poca duda cabe de que algunas de estas situaciones de no evitación de la insolvencia tienen el mismo desvalor que la producción de la insolvencia a través de conductas activas.

El rechazo de la posición de garante del deudor pasa en mi opinión por dos motivos. En primer lugar, por una cierta permanencia del dogma causal que aplicado al tipo de alzamiento concluye que alzarse constituye una conducta activa, pues así parece estar redactado literalmente el tipo. Sin embargo, ello no es más que una lectura fenotípica de la norma penal basada en si la conducta corresponde a la realización de un movimiento muscular que cause un resultado de insolvencia. En segundo lugar, el rechazo se debe al recurso a los criterios formales de determinación de la posición de garante que provienen del pensamiento de FEUERBACH. Efectivamente, para este último autor el delito omisivo debe presuponer un fundamento jurídico especial que se deriva únicamente de la Ley o del contrato. Sin ese fundamento jurídico especial emanado de estas dos

fuentes no puede haber un delito de omisión⁴⁸⁰. Estos dos aspectos que se acaban de señalar han frenado cualquier construcción interpretativa distinta a la que hoy es opinión ampliamente dominante en la doctrina.

Lo que resulta claro de todo esto es, en mi opinión, la necesidad de postular un modelo distinto de interpretación del tipo. En efecto, el criterio dominante en consideración a la omisión resulta satisfactorio desde la perspectiva de un Derecho penal funcional. Debe partirse de que estos omisos aseguramientos del propio patrimonio igualmente defraudan expectativas de cobro del acreedor. Por lo tanto, ha de postularse un modelo que escape a la actual comprensión basada en estos dos pilares fundadores del alzamiento de bienes, esto es, el pilar del dogma causal que aprisiona a la conducta de «alzarse» sólo a una acción, y la teoría formal del deber jurídico para la posición de garante.

Efectivamente, la solución pasa por abandonar la búsqueda de la posición de garante bajo los postulados de la teoría formal del deber jurídico y reconstruir dicha posición del deudor bajo criterios normativo-materiales. En estricto rigor, las tesis formalistas de la posición de garante han sido abandonadas por la doctrina hace ya bastante tiempo. Especialmente cuando se puso de manifiesto el fracaso del modelo simplista de las tesis formales sostenidas entre otros por FEUERBACH, BINDING, LANDSBERG, SAUER y KISSIN⁴⁸¹, según las cuales omisión + infracción del deber es

⁴⁸⁰ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed., 1847, p. 50 (§ 24): «Debido a que la obligación originaria del ciudadano consiste sólo en abstenciones, concurre un delito de omisión siempre que exista un fundamento jurídico especial de actuar previo (Ley o contrato), a través de los cuales se fundamenta la responsabilidad de la comisión. Sin estos, no existe delito por omisión».

⁴⁸¹ Para una exposición de las tesis formales del deber jurídico véase DOPICO, *Omisión e injerencia en el derecho penal*, 2006, pp. 117 y ss.

igual a comisión por omisión⁴⁸². A modo de ejemplo, la mera infracción de un deber especial también está presente en el delito de omisión propia y su infracción no fundamenta una comisión por omisión. En este caso, la teoría formal del deber jurídico no es capaz de fundamentar por qué la infracción del deber de socorro no basta para afirmar la comisión por omisión. Piénsese también en cualquier deber extra-penal que, sumado a su vulneración no alcanza para fundar *materialmente* una responsabilidad por el resultado producido en comisión por omisión. En el fondo, dado que en muchos ámbitos de la vida existen deberes especiales para determinadas personas dirigidos a la evitación del resultado, es difícil derivar de la infracción de cualquiera de ellos responsabilidad en comisión por omisión⁴⁸³.

V. BALANCE

Como se puede deducir de los párrafos anteriores, dos son los principales desafíos de un planteamiento alternativo a la actual comprensión del delito de alzamiento de bienes. Uno de ellos viene referido a la necesidad de incorporar criterios normativos a través de la teoría de la imputación objetiva, para así reducir la incontrolable interpretación que se hace de la conducta típica basada en elementos subjetivos como el ánimo o la intención de perjudicar.

Con esto último, se espera también dar solución a aquellos casos en que se provoca la insolvencia fraudulenta a través de, por ejemplo, ventas sin retorno, conductas irracionales, negocios de riesgo o especulativos y otros

⁴⁸² Véase las críticas formuladas por KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, pp. 254 y ss. En particular pp. 269 y ss; SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, pp. 264 y ss.

⁴⁸³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en derecho penal*, 2006, p. 134.

que generando igualmente una insolvencia del deudor, son difíciles de subsumir en la conducta de alzamiento debido al concepto tradicional de ocultación. Tal y como aquí se ha propuesto, el concepto de alzarse con los bienes se entiende como toda acción u omisión que genere una situación de insolvencia real o aparente objetivamente imputable al deudor. Ahora bien, lo problemático no es el concepto de la conducta típica de alzamiento de bienes sino que el desafío es determinar normativamente cuándo ese comportamiento del deudor es típicamente relevante. Justamente, es en estos casos donde la teoría del comportamiento típico ha de rendir sus frutos en la delimitación de actuaciones en un marco de riesgo jurídico-penal tolerado de acuerdo a criterios normativos e intersubjetivos.

El otro punto que requiere atención y un nuevo planteamiento es el referido a la comisión por omisión en el tipo de alzamiento de bienes. El rechazo mayoritario de la doctrina y jurisprudencia a esta forma de realización típica, obedece en mi opinión a la utilización de los postulados de la teoría formalista del deber jurídico para resolver el problema de la comisión por omisión. Además de que con la reducción de la conducta típica a la ocultación física o jurídica de bienes difícilmente se puede sostener una interpretación que acoja la ocultación por omisión. La solución pasa por recurrir a un criterio normativo-material de la posición de garante del deudor que sea además respetuoso con el principio de legalidad tanto de la propia norma del 257.1 como de la cláusula general del artículo 11 del CP.

CAPÍTULO II

BASES DE UN MODELO ALTERNATIVO

I. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL: DE NUEVO SOBRE EL «BIEN JURÍDICO»

Actualmente, la discusión de la mayoría de los aspectos de la dogmática penal ha sido dominada ampliamente por las corrientes normativistas. El normativismo puede definirse como aquella corriente doctrinal que entiende que los presupuestos de la responsabilidad penal deben construirse a partir de criterios propios del sistema jurídico-penal y no mediante la mera dependencia con respecto a realidades preexistentes⁴⁸⁴. En este sentido, la principal característica de los sistemas normativos es que parten de la premisa de orientarse a la función del Derecho penal, alejándose de realidades ontológicas previas como la causalidad o la finalidad⁴⁸⁵. Sin embargo, dejando de lado este punto en común del cual parten tanto las denominadas posturas teleológicas de orientación político criminal como las posturas funcionalistas, cabe señalar que ambos planteamientos poseen aspectos singulares y propios en la elaboración de las distintas categorías de la teoría del delito.

En referencia a esta última afirmación uno de los puntos de principal diferenciación entre las corrientes funcionalistas, al menos uno de los que más importancia tiene a efectos de esta investigación, es aquel referido a la cuestión de qué es lo que protege el Derecho penal. Si éste tiene como función la protección de bienes jurídicos⁴⁸⁶, o la estabilización de la

⁴⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana*, 2013, p. 52.

⁴⁸⁵ ROXIN, *InDret*, 2012, p. 4.

⁴⁸⁶ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. I, 2006, § 2/1.

vigencia de la norma que ha sido defraudada a través de la realización de un delito⁴⁸⁷.

Naturalmente, para zanjar el punto anterior y otras discrepancias, se debe partir de una base que se encuentra en la concepción que se tenga de la norma penal. La distinción consiste en si se entiende la norma penal como directiva de conducta dirigida al ciudadano como potencial delincuente o, por el contrario, y como lo hace la corriente normativista de corte funcionalista, se entiende que la norma jurídica es una expectativa de conducta institucionalizada donde la pena ratifica la confianza de los ciudadanos en la vigencia de la norma como pauta de orientación en los contactos sociales.

En efecto, en un sistema normativo-funcional la función del Derecho penal es el mantenimiento de la vigencia de determinadas expectativas normativas que operan como modelo de orientación social para posibilitar los contactos sociales entre las diversas personas. Bajo esta concepción el delito consiste en una defraudación de las expectativas normativamente garantizadas⁴⁸⁸, pues para permitir el funcionamiento en la sociedad, el ordenamiento jurídico debe asegurar contrafácticamente que se respetarán ciertas expectativas normativas imprescindibles para posibilitar los innumerables contactos entre esferas jurídicas. En este sistema de orientación normativo-funcional una expectativa normativa es aquella asegurada por una norma jurídica que, pese a su defraudación (vulneración de la expectativa), sigue vigente, pues a ella no se debe renunciar ni siquiera en los casos de decepción si se quiere mantener

⁴⁸⁷ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, pp. 9 y ss., y p. 45; JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 47 y ss.

⁴⁸⁸ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 45.

vigente la configuración de la sociedad⁴⁸⁹. A modo de comparación, si se pregunta cuáles son las expectativas normativas que el Derecho penal debe garantizar, esto es, si es que opera y cómo el principio de *ultima ratio* en un sistema normativo funcional, la respuesta es que jurídicopenalmente sólo se deben garantizar aquellas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica⁴⁹⁰.

Visto esto, las normas jurídicas se presentan como expectativas de conducta institucionalizadas que no prometen un comportamiento adecuado a la norma pero sí protegen a quien espera un comportamiento adecuado a ella⁴⁹¹. Dicha protección viene dada a través del sentido de la pena impuesta al autor de la defraudación, pues con la imposición de la pena se comunica al resto de personas que actúan de acuerdo a la norma la confirmación de la vigencia de esta última. Por ello, se señala que la pena no puede asegurar ni reparar la lesión de bienes jurídicos ya que su fin es asegurar contrafácticamente la vigencia de la norma que ha sido defraudada⁴⁹². Contrafácticamente significa en contra de lo sucedido⁴⁹³. Ahora bien, aunque de lo expuesto pareciera deducirse que el fin del derecho penal es la vigencia de la norma, cabe señalar que ello tampoco es un fin en sí mismo⁴⁹⁴. Por el contrario, de lo que se trata es de demostrar que en el futuro también uno *puede continuar* orientándose

⁴⁸⁹ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, pp. 10 y ss.

⁴⁹⁰ Véase JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 12.

⁴⁹¹ LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 188 y ss.

⁴⁹² JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 59.

⁴⁹³ LESCH, *La función de la pena*, 1999, p. 48.

⁴⁹⁴ JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 54.

según la norma; que la persona se encuentra *en consonancia con el Derecho* cuando confía en la vigencia de la norma⁴⁹⁵.

Con base en estos planteamientos debe señalarse que el delito no produce sólo un mal aprehensible empíricamente, sino que provoca un esbozo de un mundo individual contrario a la norma produciendo con ello una contradicción con el Derecho⁴⁹⁶. Ahora bien, en cuanto al objeto de protección se sostiene que la configuración del bien jurídico penalmente protegido a partir de una concepción normativa y no empírica permite afirmar que el bien jurídico se lesiona aunque no se materialice un daño empíricamente constatable⁴⁹⁷. Pues se trata en todo caso de un daño a la norma, a su vigencia, que es producido por el delito⁴⁹⁸. En todo caso, cabe señalar que este último aspecto no es algo propio del debate funcionalista de las últimas décadas. De hecho, ya ponía de manifiesto en cierta medida dicho aspecto Adolf MERKEL cuando hacía alusión a la acción punible como «lesión del derecho»⁴⁹⁹. En concreto, este último autor señalaba que las lesiones causadas a los intereses sociales eran delitos «en tanto que *contradecían* a una norma considerada vigente y obligatoria por la sociedad»⁵⁰⁰.

Como se puede observar, bajo este punto de vista la lesión relevante para el Derecho no será exclusivamente aquella acaecida en el plano físico material, sino que será aquella producida en el plano normativo-

⁴⁹⁵ LESCH, *La función de la pena*, 1999, p. 50.

⁴⁹⁶ LESCH, «Intervención delictiva e imputación objetiva», *ADPCP*, 1995, p. 922.

⁴⁹⁷ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte especial*, t. II, 2007, p. 299.

⁴⁹⁸ Véase JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 52.

⁴⁹⁹ Véase MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912, p. 7.

⁵⁰⁰ MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912, p. 7. La cursiva es mía.

comunicativo y es aquella referida al cuestionamiento de la norma. Tal efecto se produce por el hecho de que la infracción a la norma supone una desautorización de ella. A través del delito la norma es puesta en tela de juicio como modelo de orientación⁵⁰¹, en palabras de MERKEL, por la oposición a un precepto jurídico «el delito revela una falta de obediencia a la voluntad que se manifiesta en el Derecho»⁵⁰².

De la afirmación general de que el Derecho penal protege bienes jurídicos y de que ello efectivamente suceda no puede concluirse que esa sea su función principal. En los mismos términos se señala que es cierto que el Derecho penal condena a los autores de delitos pero ello no quiere decir que ésa sea su función⁵⁰³. Por ello, aunque se produzca la protección de bienes jurídicos ello no debe llevar a concluir que esa sea la función principal del Derecho penal. Si el Derecho penal sólo protegiera bienes jurídicos debería tener en mayor consideración la opinión de la víctima o del titular de ese bien jurídico para la imposición de la pena, pues con el delito y, bajo el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, sólo se lesiona *ese* bien jurídico de esa persona individual. Si la intervención del titular de ese bien no es tomada en cuenta por el sistema de imputación es porque lo que ha sucedido es *algo más que una lesión de un bien jurídico personal*. Ante tal situación cobra pleno sentido sostener que la vigencia de expectativas normativamente garantizadas como pautas de comportamiento social constituye un objeto de tutela del Derecho penal en aras de una prevención general positiva. Lo que sucede, según creo, es que lo que se ha lesionado es también *algo más que el bien jurídico* del

⁵⁰¹ Véase JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed., 1997, pp. 12 y ss.

⁵⁰² MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912, p. 7.

⁵⁰³ PIÑA ROCHEFORT, *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad*, 2010, pp. 51 y 52.

titular. Efectivamente, en el injusto también hay un aspecto comunicativo que dice relación con la vigencia de una norma jurídica como expectativa jurídicamente institucionalizada de comportamiento social. En esta relación entre delito y norma no sólo hay un conflicto naturalístico entre lo sucedido fácticamente y el bien jurídico protegido, sino que también hay un conflicto comunicativo de índole normativo entre el autor del hecho y el Derecho que ha visto una de sus normas infringidas.

En la discusión científica puede observarse un verdadero declive de la capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico⁵⁰⁴. Entre otras razones como bien apunta ROBLES PLANAS, debido «a la escasa capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico para realizar afirmaciones realmente operativas sobre los límites de las prohibiciones y mandatos»⁵⁰⁵. Sin embargo, no se trata de renunciar a todo lo elaborado por uno u otro modelo. En mi opinión, tanto del modelo teleológico como del funcional se pueden mantener ciertos aspectos fundamentales a los cuales no es posible renunciar si no se quiere construir una teoría del delito que quede coja de uno u otro lado⁵⁰⁶. Tanto el concepto de norma que sigue el modelo normativo-teleológico como el que sigue el modelo normativo-funcionalista son compatibles en tanto en cuanto para el primero la norma se dirige al ciudadano como delincuente potencial o sujeto interesado en la libertad de acción y en el concepto del segundo

⁵⁰⁴ De otra opinión véase HEFENDHEL, «El bien jurídico como eje material de la norma penal», en HEFENDHEL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 179 y ss.

⁵⁰⁵ ROBLES PLANAS, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 23.

⁵⁰⁶ De la misma opinión ROBLES PLANAS, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 27.

modelo, la norma se dirige al ciudadano como posible víctima potencial o como alguien a quien le interesa su seguridad⁵⁰⁷.

En el primer modelo la norma se presenta como prohibición o mandato y en el segundo la norma supone una institucionalización de una expectativa del ciudadano⁵⁰⁸. En consideración a estas reflexiones estimo que una teoría del delito debe mantener tanto el aspecto que destaca lo fáctico-material de la protección de bienes jurídicos (pues cumple una función de vital importancia como criterio interpretativo de los tipos), como el aspecto referido al plano simbólico-comunicativo de las expectativas institucionalizadas jurídicamente. Al respecto, se comparte aquí la opinión que afirma la existencia en la pena tanto de un aspecto comunicativo como de otro cognitivo que se integran conjuntamente⁵⁰⁹. A partir de lo anterior se puede reconstruir un concepto de aquello que protege el Derecho penal señalando que la protección de bienes jurídico-penales es una protección indirecta que realiza el Derecho penal, pues éste último asegura mediante la imposición de la pena, la vigencia de las normas jurídicas que son las que en están orientadas a proteger determinados bienes que son calificados como bienes jurídico-penales⁵¹⁰.

Ahora bien, es evidente que la pena produce un efecto en el plano comunicativo en el marco de aquel diálogo que se da entre el Derecho y el

⁵⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, 2000, pp. 566 y ss.; EL MISMO, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, pp. 26 y ss.

⁵⁰⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en derecho penal*, 2003, pp. 26 y ss.

⁵⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., pp. 497 y ss.

⁵¹⁰ Véase en este sentido FREUND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2009, §1, nm. 5 y ss.

delincuente. El ordenamiento jurídico a través de la imposición de la pena comunica al autor del delito que su hecho no tiene validez como forma de conducta en la sociedad. Sin embargo, también en la pena es necesario ese aspecto material que está constituido por el dolor penal, ya que de esa forma es posible producir una confianza real, fuera del plano comunicativo, en la salvaguarda cognitiva de la confianza de la norma. De este modo una posición integradora de ambos aspectos permite una mejor comprensión de determinados puntos trascendentales de la teoría del delito. Así por ejemplo, al otorgar relevancia a una concepción del bien jurídico como objeto de protección se puede obtener un rendimiento más completo respecto a la tentativa y consumación en los delitos de resultado, pues en mi opinión, la fórmula normativo-funcional de que el resultado es «sólo una mayor objetivización de la infracción de la norma», resulta poco operativa para resolver la cuestión de por qué el resultado tiene el efecto de aumentar la pena respecto de la tentativa acabada. Por ello, y recurriendo a la distinción entre norma primaria y secundaria, es posible encontrar una fundamentación más consistente para el problema del mayor castigo por la producción del resultado afirmando que consumación y tentativa se distinguen por razones de necesidad de pena, razones que radican justamente en el ámbito de la norma secundaria⁵¹¹.

Por otra parte, poco rendimiento material presenta el concepto de bien jurídico, cuando lo protegido es por ejemplo un derecho como el derecho de crédito del acreedor. En este sentido, más capacidad de rendimiento tiene el aspecto comunicativo-normativo del delito que el dato empírico. Por ello, en referencia a la discusión sobre el bien jurídico protegido en el alzamiento de bienes cabe afirmar que lo protegido es la vigencia de la

⁵¹¹ SILVA SÁNCHEZ, «El resultado, siempre el resultado», *InDret (editorial)*, 2013, p. 2.

expectativa normativa de cobro que tiene el acreedor. Tal expectativa ha sido normativamente garantizada por el Derecho tanto en la positivización de la garantía patrimonial universal de pago (art. 1911 del CC), como en su refuerzo sancionatorio que tiene lugar a través de la norma penal del delito de alzamiento de bienes (art. 257 del CP).

Es cierto que puede darse en principio una confusión sobre cuál es la expectativa normativamente garantizada que tiene el acreedor y que se encuentra presente en la norma penal. Tal confusión proviene del hecho de que en el sistema jurídico existe *una expectativa de pago y una expectativa de satisfacción*. Esta última se asegura para el caso de que se defraude la primera. La expectativa de pago o de prestación del acreedor dice relación con el deber de cumplimiento que tiene el deudor y que está referido al objeto o al contenido de la obligación⁵¹². Por el contrario, la expectativa de cobro o de satisfacción es una expectativa jurídicamente garantizada para obtener del patrimonio del deudor la satisfacción del crédito⁵¹³, o, en otras palabras, para materializar el contenido normativo del derecho de crédito en aquellos casos de incumplimiento o defraudación de la expectativa de pago. Ahora bien, desde la óptica jurídico-penal es la expectativa de satisfacción la que posee relevancia desde el punto de vista del delito de alzamiento de bienes y, en general, para todos los delitos de insolvencia.

De acuerdo con lo anterior, aquello protegido por el tipo de alzamiento de bienes es, en concreto, la expectativa normativa de cobro o satisfacción que posee el acreedor para cobrar su crédito en el patrimonio del deudor. Desde esta perspectiva, la provocación dolosa de la insolvencia es un acto de comunicación disfuncional que defrauda la expectativa de cobro del

⁵¹² BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, 1969, pp. 279 y ss.

⁵¹³ BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, 1969, pp. 262 y ss.

acreedor. Como se ha señalado, esta expectativa se encuentra en la norma del art. 1911 del CC según la cual el deudor en caso de incumplimiento de sus obligaciones debe responder con todo su patrimonio realizable. Esta norma establece un modelo de orientación a seguir por todo deudor y el delito de alzamiento de bienes representa su refuerzo punitivo.

La expectativa de cobro posee un contenido exclusivamente patrimonial que consiste en que al acreedor se le asegura la satisfacción de su derecho de crédito en el patrimonio del deudor a través del cumplimiento por equivalencia en caso de que el deudor incumpla el pago de la prestación principal. La existencia de esta expectativa de cobrarse en el patrimonio del deudor le garantiza al acreedor que, aunque el deudor incumpla el pago del crédito, podrá obtener dicho pago de todos los bienes embargables presentes y futuros del deudor. De este modo, ello permite disminuir en cierta forma el riesgo de pérdida que recae sobre el acreedor en la interacción con su deudor. Ahora bien, si el deudor incumple y vacía fraudulentamente el contenido material de su propia garantía patrimonial (oculta los bienes para defraudar la expectativa de satisfacción), entonces el Derecho reacciona mediante la sanción penal a través del el alzamiento de bienes.

De acuerdo con lo señalado, deben rechazarse aquellas posturas que sostienen que el bien jurídico tanto en el delito de alzamiento de bienes como en los demás delitos de insolvencia corresponde a un bien jurídico supraindividual o colectivo⁵¹⁴. Ya sean aquellas corrientes que hacen mención al sistema económico crediticio, a la administración de justicia o a la confianza o fe pública. Me parece que, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, las tesis metapatrimonialistas o

⁵¹⁴ De la misma opinión FEIJOO SÁNCHEZ, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del código penal*, 2011, p. 401.

supraindividuales no resisten las críticas a las que han sido sometidas por buena parte de la doctrina. Por mi parte, tales críticas me parecen certeras y, como ya he puesto de manifiesto en el capítulo correspondiente al objeto de protección de los delitos de insolvencia, me adhiero a la corriente que mantiene la postura de que el contenido del objeto de protección del alzamiento de bienes y de todos los delitos de insolvencia es de índole estrictamente patrimonial e individual.

En consonancia con lo que aquí se sostiene, la misión del Derecho penal de la insolvencia es por una parte mantener la vigencia de las expectativas normativas que regulan los contactos entre acreedor y deudor en virtud de la función de éstas como modelo de orientación a seguir. Por otra parte, actuar al mismo tiempo como directiva de conducta que prohíbe al ciudadano-deudor sustraer sus bienes a la función de garantía que recae en ellos. Ello resulta funcional en términos de prevención general positiva, pues permite que los acreedores y operadores económicos sigan organizándose en el sector correspondiente confiando en que la defraudación por insolvencia no constituye la forma de orientación que rige la relación acreedor-deudor.

Finalmente, cabe agregar al respecto que, con la vulneración de la expectativa de satisfacción, surge el refuerzo sancionatorio del Derecho penal que le imputa al autor su comportamiento ilícito y que a través de la pena comunica al deudor su defectuosa orientación en el marco de la relación deudor-acreedor⁵¹⁵. En este último sentido y bajo una concepción normativa y funcional, el derecho penal le comunica al deudor que su libertad de organización está limitada, que él no puede organizar su esfera patrimonial de manera totalmente libre, ya que debe evitar aquellos

⁵¹⁵ Acerca de esta estructura de imputación véase JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho penal funcional*, 1996, p. 18.

comportamientos sobre su patrimonio que, por superar un riesgo permitido, sean idóneos para provocar su insolvencia. Al mismo tiempo y desde una doble nivel de estabilización normativa⁵¹⁶, este conjunto de normas que componen el Derecho penal de la insolvencia constituyen normas de conducta que contienen un deber dirigido al deudor cuyo mensaje es precisamente el de no defraudar a su acreedor.

II. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

En su estructura el delito puede ser visto como una infracción de un deber⁵¹⁷, ya sea por el hecho de que el sujeto obligado infringe el «deber hacer» impuesto por la norma de conducta al no cumplir con el comportamiento que ella fija⁵¹⁸, o porque vulnera un deber negativo de no dañar a otro, o uno positivo de no colaborar en la mejora de una esfera de organización ajena. Ahora bien, desde la perspectiva funcionalista que aquí se sigue el fundamento de la responsabilidad penal viene dado por la existencia y vulneración de deberes negativos y deberes positivos⁵¹⁹.

Recientemente, se ha apuntado por la doctrina que la distinción entre deberes negativos y positivos se encuentra ya en TOMAS DE AQUINO⁵²⁰.

⁵¹⁶ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en derecho penal*, 2003, pp. 30 y ss.

⁵¹⁷ Cfr. GÜNTHER, «De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el derecho penal?», en *La insostenible situación del derecho penal*, 2000, p. 505; DOPICO, *Omisión e injerencia en derecho penal*, 2006, p. 753.

⁵¹⁸ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 564.

⁵¹⁹ Véase recientemente JAKOBS, «Recht und Gut. Versuch einer strafrechtliche Begriffsbildung», *FS für Wolfgang Frisch*, 2013, pp. 82 y ss. En particular p. 84.

⁵²⁰ Véase ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en derecho penal», *InDret*, 2013, p.1.

Sin embargo, ha sido Günther JAKOBS quien ha introducido esta distinción en la dogmática penal con extraordinarias consecuencias⁵²¹.

Los deberes negativos y los positivos se configuran por tanto como dos instituciones fundamentales que constituyen la estructura normativa en la cual se fundamenta la responsabilidad penal como la manera en que se han de interpretar los tipos penales. Por un lado se encuentra la institución negativa (deberes negativos) cuyo fundamento proviene del principio iusfilosófico *neminem laedere* y, por otro, la institución positiva (deberes positivos) que se sustentan en los principio de la solidaridad y colaboración respecto de terceros.

Bajo estos fundamentos lo relevante para la determinación de la responsabilidad del autor no lo constituye la *forma* de la norma, esto es, si ella viene establecida bajo el binomio prohibición/mandato. Por el contrario, lo relevante será si la norma descansa en alguna de las instituciones negativa o positiva. En efecto, es en consideración a ésta distinción entre deberes negativos y deberes positivos como se debe

⁵²¹ Véase JAKOBS, «Recht und Gut. Versuch einer *strafrechtlicher* Begriffsbildung», *FS für Wolfgang Frisch*, 2013, p. 82; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 83 y ss.; EL MISMO, *Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, pp. 99 y ss.; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1991, pp. 1022 y ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 175 y ss.; EL MISMO, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 196 y ss.; SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 83 y ss.; REQUENA JULIANI, *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva*, 2010, pp. 251 y ss.; PERDOMO TORRES, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, 2008, pp. 109 y ss.

interpretar el tipo de alzamiento de bienes y también los distintos tipos de la parte especial del Código Penal⁵²².

1. Responsabilidad por infracción de deberes negativos

En toda persona recae un deber negativo cuyo contenido reza no dañar a otro. Su origen proviene del principio iusfilosófico *neminem laedere*. Puesta en contexto, la responsabilidad en virtud de la vulneración del deber negativo surge por ampliación del propio ámbito de organización a costa de otro⁵²³. La forma de cumplir el deber negativo consiste en no ampliar la libertad de manera no permitida hasta allí donde alcanza la libertad de otro. Para ello, se ha de partir de la base de que toda persona configura libremente un espacio de libertad que le ha sido reconocido por el Derecho para su libre desarrollo.

Debido a la otorgación de un espacio o esfera de libertad, la configuración de ella le compete exclusivamente al propio individuo. La persona se convierte así en la única competente para la configuración de su ámbito de organización. Por ello, la administración defectuosa de ese ámbito de organización la hace responsable de aquellos daños que ocasione a terceras personas⁵²⁴.

Con base en ello, libertad y responsabilidad configuran un sinalagma que reza: *libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias del uso de esa libertad*. El deber negativo frente a los demás corresponde al

⁵²² En el mismo sentido PERDOMO TORRES, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, 2008, p. 282; SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 121.

⁵²³ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83 y ss.; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1991, p. 258.

⁵²⁴ PIÑA ROCHEFORT, *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad*, 2010, p. 141.

estatus general y mínimo que es exigible a toda persona y que HEGEL expresó en su célebre § 36 «sé persona y respeta a los demás como persona»⁵²⁵. Ello se traduce para el Derecho penal en que aquella persona que sólo porta deberes negativos tiene el deber de no atribuirse la organización que le compete a otro y revertir, en su caso, tal atribución si ella ya ha tenido lugar⁵²⁶. En el estatus general sólo se espera de la persona que no dañe a los demás, pues el deber negativos no genera una pretensión de que dicha persona contribuya al éxito o bienestar de otra.

Así, bajo un estatus general toda persona debe mantener su ámbito de organización bajo una configuración inocua para terceros, es decir, debe procurar que no se genere un *output* dañino para otros ámbitos de libertad. Ello puede tener lugar de dos maneras: ya sea no motivándose a una configuración que pueda provocar una situación de peligro para terceros, esto es, siguiendo una prohibición, o, eliminando mediante medidas adecuadas la configuración de su esfera si es que tal situación de peligro ya ha aparecido, esto es, siguiendo un mandato. Ahora bien, estos mandatos no tienen nada que ver con un comportamiento solidario del que los lleva a cabo, pues no requieren un fundamento jurídico especial que obligue a actuar; tales mandatos son, por el contrario, parte del deber que surge del estatus general de no dañar a otro⁵²⁷. Como consecuencia de esto último, la tradicional distinción entre acción y omisión se convierte en una cuestión de menor importancia, ya que lo fundamental es el sustrato o la obligación originaria que es no dañar al otro. El *cómo* se organice una persona frente al deber de no dañar que recae en él (si organiza por acción

⁵²⁵ HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, (1821), 1998, (§ 36), p. 103.

⁵²⁶ JAKOBS, «Consumación material en los delitos de lesión contra la persona», *RECPC*, 2002, p. 8.

⁵²⁷ Véase JAKOBS, *La imputación de la acción y la omisión*, 1996, pp. 33 y 34.

o por omisión) es algo, en principio, irrelevante para el fundamento de la responsabilidad basada en la distinción entre deberes negativos y positivos.

Efectivamente, el ejercicio de la libertad de manera permitida se consigue configurando la propia esfera de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido ya sea evitando (prohibición) como asegurando (mandato) la propia esfera de libertad. Basta en principio afirmar que quien organiza su ámbito de actuación debe cuidar de que al hacerlo no produzca daño a otras personas.

De acuerdo a lo anterior, el primer fundamento de la responsabilidad es la lesión de estos límites generales de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo⁵²⁸, pues cuando un ámbito de organización lesiona a otro se vulnera el espacio de libertad otorgado. En este sentido, el límite de la libertad de organización no se encuentra únicamente en la protección de bienes jurídicos, sino que se encuentra en la libertad de los demás que debe ser respetada.

De esta forma, al autor de un delito se le imputa el hecho de ampliar su ámbito de organización a costa de otras personas, ya que se arroga un ámbito de organización ajeno de manera no permitida. Cabe aclarar que un ámbito o esfera de organización de una persona va más allá de su cuerpo entendido como unidad psicofísica, ya que comprende también la administración de bienes y derechos que le son concedidos con exclusión de los demás, por ejemplo el uso de un terreno, un automóvil, objetos para su disfrute, maquinaria etc. Así, una persona puede configurar su mundo no sólo con un movimiento corporal de su aparato psicofísico, sino también a través de innumerables posibilidades siempre que él sea el

⁵²⁸ JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, 1994, p. 10.

competente para su configuración. En definitiva, los círculos de organización de las personas se definen como unidades separables, y ninguno de los círculos debe convertirse en la razón del empeoramiento de otro círculo⁵²⁹.

Por último, debe advertirse que no debe confundirse la omisión con la vulneración de un deber positivo y la acción con la vulneración de un deber negativo. La imputación de responsabilidad en comisión por omisión surge por la vulneración de un deber negativo⁵³⁰. La comisión por omisión es sólo *una* forma más de organizar la propia esfera junto a la comisión activa y el fundamento de su imputación no lo constituye una vulneración de un deber extra penal, sino el acto previo de asunción del compromiso de contención de riesgos y la posterior vulneración de tal compromiso como expresión del ejercicio de la libertad⁵³¹.

En resumen, en la estructura de la infracción de un deber negativo subyace el ejercicio de la libertad del sujeto que configura la lesión de otro a través de un comportamiento no permitido. El deber negativo se infringe por acción cuando la lesión de otra esfera de organización se lleva a cabo por comisión activa, pues en tal caso el autor en el ejercicio de su libertad se arroga un ámbito de organización ajeno. A su vez, se infringe por omisión cuando el sujeto habiendo integrado voluntariamente el riesgo en su esfera de organización omite la prestación necesaria para evitar el daño a esa otra esfera jurídica.

⁵²⁹ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 2001, p. 11.

⁵³⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 477; EL MISMO, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. I, 1999, p. 462 y ss.; EL MISMO, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del código penal», *Problemas específicos de la aplicación del código penal*, 1999, pp. 153 y ss.

⁵³¹ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 471.

En este último caso el omitente en ejercicio de su libertad asumió previamente a la omisión el compromiso de contención de determinados riesgos que posteriormente infringió. Por ello, quien asume en la propia esfera el control el riesgo que amenace a una esfera ajena, está obligado a la administración adecuada de esa otra esfera para evitar que ese riesgo la dañe. Ahora bien, que el cumplimiento del deber de aquel sujeto consista en una prestación positiva, en un «hacer algo» en favor de esa otra esfera jurídica amenazada, no significa que se esté cumplimiento un deber positivo. En los casos de previa asunción el fundamento de la responsabilidad por ese «no hacer algo» es un deber negativo.

2. Responsabilidad por infracción de deberes positivos

Se ha observado que el deber general que recae en toda persona en una sociedad basada en la libertad es el de no dañar a otro: un deber negativo de no lesionar esferas de organización ajenas, ya sea por comisión activa o por omisión a través de la estructura de imputación de la comisión por omisión. Sin embargo, junto a los deberes negativos existen también determinados deberes positivos⁵³². Una sociedad no sólo se construye a partir de la existencia de deberes negativos de no dañar, sino que también se organiza mediante la existencia de deberes positivos que fomenten el bienestar de terceros. En efecto, sin deberes positivos una sociedad en cierto modo compleja no puede existir⁵³³, entre otras cosas porque la

⁵³² Acerca de la existencia de los deberes positivos en la tradición iusfilosófica occidental véase SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 95 y ss.

⁵³³ JAKOBS, *FS für Wolfgang Frisch*, 2013, p. 84.

existencia de deberes positivos posibilita la realización de la libertad en la cual se basan los deberes negativos⁵³⁴.

En el planteamiento de JAKOBS los deberes positivos derivan de la existencia de determinadas instituciones que poseen tal importancia que tienen el mismo valor que la institución negativa basada en el *neminem laedere*. En la opinión de JAKOBS aquel sujeto que se encuentre en un estatus especial «no sólo tiene que garantizar que su esfera de organización no tenga repercusiones dañinas en otra, sino que debe procurar fomentar una organización ajena, esto es, construir un mundo en común con esa otra persona»⁵³⁵.

Bajo tal concepción, el fundamento de la responsabilidad penal en virtud de deberes positivos se basa *en la directa vinculación del autor con la institución* (para JAKOBS son instituciones la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial, las relaciones estatales como la relacionada con la seguridad del Estado (policías) y el vínculo con la administración de justicia como fundamento de todo el Estado de Derecho⁵³⁶). Por ello, la vulneración del deber positivo da lugar a la responsabilidad como autor y a la imputación del resultado en comisión por omisión cuando se trate de una omisión del obligado especial, esto es, de aquel en quien recae un deber positivo⁵³⁷. En tal planteamiento, y dada la equiparación de determinadas instituciones (las que se acaban nombrar anteriormente) con la institución negativa del *neminem laedere*, se presenta estructuralmente lógica la plena equivalencia en la imputación del resultado a quien omita estando bajo un «estatus especial». De ello se

⁵³⁴ Véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 176.

⁵³⁵ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83.

⁵³⁶ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84.

⁵³⁷ Véase JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1991, pp. 1027 y 1028.

deriva que la vulneración del deber positivo haga responsable al obligado especial siempre bajo el título de autor imputándosele el resultado de manera idéntica a como si él lo hubiese producido activamente.

Sin embargo, una concepción que impute el resultado del hecho por la omisión de un sujeto y no tenga en consideración ninguna actuación anterior de él sino que simplemente le atribuya la responsabilidad por el hecho de recaer en el obligado especial un deber positivo tropieza con una sociedad de libertades según la cual la imputación por el resultado debería ser siempre, debido a su gravedad, la consecuencia del ejercicio previo de la libertad de la persona. No obstante ello, en la concepción de JAKOBS el obligado especial que omite responde siempre en comisión por omisión aun cuando nada haya dispuesto previamente, pues dicha responsabilidad viene establecida sólo por encontrarse bajo un «estatus especial»⁵³⁸.

Ahora bien, de acuerdo al planteamiento que aquí se sigue la vulneración de un deber positivo por omisión no puede dar lugar automáticamente a una responsabilidad por el resultado. La plena equivalencia entre la omisión y la comisión activa no puede venir previamente establecida de manera mecánica por el mero hecho de encontrarse en un «estatus especial» u obligado por una «institución positiva» sin atención al ejercicio de la libertad del sujeto. Por ello, la plena equivalencia entre la omisión y la comisión activa viene dada por el acto previo de asunción del compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos y no por la mera pertenencia de una persona a un estatus especial⁵³⁹.

Lo relevante a efectos de atribución de responsabilidad penal en una sociedad de libertades debe ser el ejercicio efectivo de la ampliación de la

⁵³⁸ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1991, p. 1028.

⁵³⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión: concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, pp. 471 y ss.

propia esfera de organización, esto es, un uso de la libertad de la persona. Bajo esta máxima, me parece difícil sostener una simetría valorativa entre la infracción de deberes negativos y la infracción de deberes positivos. Ello por el hecho de que en los deberes positivos no existe un ejercicio previo de la libertad de la persona a quien se imputa el resultado en la configuración de la situación de necesidad de un tercero (por ejemplo la necesidad de socorro del art. 195). Si se parte de la base de que el delito es un uso no permitido de la libertad cuyo paradigma es la comisión activa, en los casos de deberes positivos resulta que no existe tal ejercicio previo de la libertad en la configuración de las situaciones de colaboración con terceros. Esta situación referida a que en la infracción de deberes negativos exista un uso previo no permitido de la libertad, y que tal hecho no se dé en la infracción de deberes positivos, debe tener como consecuencia una menor intensidad de la imputación por la infracción de unos y otros deberes.

Consecuentemente, en un sistema de imputación basado en la libertad del individuo como la máxima expresión de su personalidad, la imputación del resultado en comisión por omisión no puede tener lugar mecánicamente por la existencia de un vínculo institucional entre el omitente y la institución. La imputación del resultado por la omisión debe basarse en un ejercicio previo de libertad del sujeto que consista en la asunción de la protección o evitación de los riesgos que amenacen a una esfera jurídica ajena. Aquí radica la distinción que ha planteado ROBLES PLANAS⁵⁴⁰ con el planteamiento de JAKOBS, pues del hecho de que la infracción de los deberes positivos dé lugar a una responsabilidad por el daño sin consideración a que el obligado haya hecho uso de su libertad, en otras palabras *sin que el obligado haya organizado algo*, no puede

⁵⁴⁰ Véase ROBLES PLANAS, *InDret*, 2013, p. 6.

derivarse la imputación del resultado. De acuerdo con esto, ha de sostenerse necesariamente que la responsabilidad por deberes negativos y positivos contiene una diferenciación que radica en la distinta intensidad de protección. Tal diferenciación tiene como consecuencia una graduación de la responsabilidad que se ve reflejada claramente en los casos de las denominadas omisiones de gravedad intermedias u omisiones de garante⁵⁴¹.

Efectivamente, en una sociedad basada en la libertad el principio *casum sentit dominus* tiene como límites la existencia de determinados deberes positivos que constituyen deberes de solidaridad para con los demás⁵⁴². Los deberes positivos, por tratarse de límites al principio de la libertad de organización o al principio *casum sentit dominus* deben encontrarse expresamente tipificados en la Ley ya que se trata en todo caso de deberes excepcionales⁵⁴³. No obstante tal excepcionalidad, existen en nuestro ordenamiento jurídico determinados deberes positivos positivizados pudiendo estos ser clasificados en deberes positivos generales y deberes positivos especiales⁵⁴⁴.

Los deberes positivos generales se concretan por un lado en una solidaridad activa respecto de otra esfera jurídica. Podemos encontrar tales manifestaciones en el deber de socorro establecido en el art. 195 y en el deber de impedir determinados delitos, tipificado en el art. 450 del CP.

⁵⁴¹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, pp. 428 y ss.

⁵⁴² SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión: concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 477; EL MISMO, en *Problemas específicos de la aplicación del código penal*, 1999, p. 157; ROBLES PLANAS, *InDret*, 2013, p. 5.

⁵⁴³ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión: concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 476; ROBLES PLANAS, *InDret*, 2013, p. 7.

⁵⁴⁴ Así ROBLES PLANAS, *InDret*, 2013, pp. 6 y 7.

Ambos tipos penales expresan la existencia de una solidaridad mínima respecto de terceros. La expresión de que se trata de una solidaridad mínima, queda de manifiesto por el hecho de que el delito de omisión de socorro sólo tiene lugar cuando el necesitado de ayuda vea en peligro los bienes jurídicos de carácter fundamental o personal como la vida, la integridad física y algunas manifestaciones de la libertad como la sexual o ambulatoria⁵⁴⁵. Lo mismo sucede para el caso del deber de impedir determinados delitos que sólo dice relación con delitos que afecten a los bienes jurídicos vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual.

Ahora bien, no debe pensarse que en aquellos delitos en que está presente la solidaridad sea ésta el bien jurídico protegido. En realidad tanto en el delito de omisión del deber de socorro como en el de impedir delitos la solidaridad *no constituye* el bien jurídico protegido. La solidaridad no es un bien jurídico, sino que constituye el título de imputación de la responsabilidad de aquel que omite socorrer⁵⁴⁶.

Por otra parte, y como manifestación de una solidaridad pasiva, se encuentra el deber de tolerancia del estado de necesidad agresivo. En determinadas situaciones de necesidad se imponen ciertos deberes de tolerancia para terceros que nada tienen que ver ni con el origen del peligro ni con la situación del amenazado⁵⁴⁷. En tales casos, se trata de un deber positivo de ayuda a un tercero a través de tolerar una injerencia en

⁵⁴⁵ ARÁUZ ULLOA, *El delito de omisión del deber de socorro*, 2006, p. 17; De otra opinión, sosteniendo que la solidaridad representa también el bien jurídico véase BLANCO LOZANO, *La omisión del deber de socorro en el derecho penal*, 2009, p. 91.

⁵⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, en *Problemas específicos de la aplicación del código penal*, 1999, p. 158.

⁵⁴⁷ Véase al respecto SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 479.

la propia esfera de organización. Allí el fundamento del deber de tolerancia reside en razones de *solidaridad*⁵⁴⁸.

Por último, los deberes positivos especiales son aquellos que les competen sólo los funcionarios públicos. En una sociedad democrática el Estado está al servicio de la persona y su objetivo principal es promover el bien común mejorando el bienestar de todos los ciudadanos por medio del correcto funcionamiento institucional de su propia organización. La garantía de tal labor compete únicamente a los funcionarios públicos que asumen una posición de garantía institucional⁵⁴⁹. Los funcionarios públicos son por tanto personas en quien recae un deber positivo especial. Sin embargo, la persona obligada por un deber positivo especial no asume la función de evitación de lesiones de bienes jurídicos⁵⁵⁰. En los casos del obligado especial estamos ante una posición de garante del funcionario cuya vulneración da lugar a las denominadas omisiones de garante y no a una comisión por omisión⁵⁵¹. Estas omisiones de garante, si bien son más graves que las omisiones puras generales (como la omisión de socorro del art. 195 del CP), no dan lugar a la imputación por el resultado lesivo porque no poseen *identidad estructural* con la comisión activa⁵⁵². En términos de gravedad, se encuentran por encima de las omisiones puras pero por debajo de la comisión por omisión. En términos de imputación no son equiparables a la comisión por omisión por no tener idéntica

⁵⁴⁸ ROBLES PLANAS, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 29.

⁵⁴⁹ ROBLES PLANAS, *InDret*, 2013, pp. 13 y ss.

⁵⁵⁰ En este sentido ROBLES PLANAS, *InDret*, 2013, p. 13.

⁵⁵¹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 347 y ss.

⁵⁵² SILVA SÁNCHEZ, en *Problemas específicos de la aplicación del código penal*, 1999, p. 156

estructura normativa, esto es, no son infracciones del ejercicio de la plena libertad como lo es la comisión por omisión.

Por ello la posición de garantía institucional del funcionario no es idéntica a la posición de garantía propia de los casos de infracción de deberes negativos. La primera sólo da lugar a responsabilidad por la omisión de aquello que se debía realizar sin considerar el daño o resultado lesivo a los bienes jurídicos que se hacen mención en la norma que tipifica el deber positivo. Así por ejemplo, en el caso del delito de denegación de auxilio del art. 412.3 el funcionario público que se negare a prestar auxilio y no evitare un delito contra la vida de otra persona no responde por el resultado lesivo que afecte al bien jurídico vida, sino que sólo responde por la infracción de un deber positivo especial que consiste en el hecho de no prestar auxilio. La segunda, esto es, la posición de garantía en virtud del deber negativo sí da lugar a la responsabilidad por los resultados que sufra el bien jurídico afectado, pues en este último caso hay identidad material y normativa con la comisión activa del daño al bien jurídico.

De acuerdo con esto la imputación del resultado típico en comisión por omisión sólo tendrá lugar por la vulneración de deberes negativos ya que el acto previo de asunción consiste en un ejercicio o uso de la libertad que representa la máxima *libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias* por la cual cabe imputar el daño producido. En otras palabras, cabe decir de acuerdo con lo señalado que la asunción de un compromiso de evitación del riesgo (y su posterior omisión de tal compromiso) es una forma de organización de la propia esfera y por lo tanto una forma de vulnerar un deber negativo y no un deber positivo. Con base en ello, la responsabilidad por infracción de deberes positivos nunca dará lugar a la plena equiparación estructural con la comisión activa del delito ni con la comisión por omisión. Si en algún caso un «obligado

especial» llega a responder por el resultado será porque se le impute la lesión de un deber negativo por una previa asunción y no por la infracción de un deber positivo. Esto es, por haber asumido el compromiso de contención de riesgos frente a determinados bienes jurídicos⁵⁵³.

Ahora bien, que sólo la infracción de deberes negativos puede dar lugar a la consecuencia de la imputación del resultado lesivo del bien jurídico, deriva de que sólo a través del ejercicio de la libertad del individuo cabe la plena responsabilidad por las consecuencias. Por el contrario, los deberes positivos se imponen a un sujeto sin consideración al ejercicio de *su libertad*, «con independencia de que el obligado no haya gestionado el peligro»⁵⁵⁴. Por ello, la infracción de deberes positivos no puede tener como consecuencia la imputación del resultado lesivo en comisión por omisión. No al menos en una sociedad que parta del ejercicio de la libertad como la máxima expresión de autonomía del individuo.

III. LA TEORÍA DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Desde sus orígenes, una de las principales funciones de la dogmática penal ha sido determinar cuando un hecho jurídico-penalmente relevante puede ser atribuido a un sujeto como obra suya. Cuándo se le puede atribuir o imputar algo a alguien y hacerle responsable de ello. En este

⁵⁵³ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión: concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 471.

⁵⁵⁴ ROBLES PLANAS, *InDret*, 2013, p. 6.

sentido, la palabra «imputación» es seguramente el término que guarda mayores afinidades con el de responsabilidad⁵⁵⁵.

En la historia de la dogmática penal han (co) existido varios “modelos” o “sistemas teóricos del delito” que han buscado responder al problema de la atribución de la responsabilidad a través de diferentes modelos de imputación que predominaban en los distintos momentos históricos. Lo que parece un punto en común en la evolución reciente es el interés en el tipo objetivo donde se han abocado los mayores esfuerzos de construcción de una dogmática de la imputación. Actualmente puede darse por superado el enfoque causal de imputación del sistema clásico y en gran medida el punto de vista ontológico del finalismo. Ello se debe a la formulación y a la amplia aceptación que ha tenido la denominada teoría de la imputación objetiva⁵⁵⁶. Por lo demás, cabe apuntar que estamos en presencia de un regreso a la imputación concebida como un medio de atribución de sentido donde por una parte, se tiene mayor consideración con el sujeto al que se le atribuye responsabilidad, y por otra, puede señalarse que se observa un abandono casi absoluto de sistemas de imputación basados en la comprobación y subsunción al estilo del sistema causal⁵⁵⁷. En efecto, acertadamente ha señalado MIR PUIG respecto a este punto que la imputación objetiva supone la *atribución* de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta

⁵⁵⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *ADPCP*, 2000, p. 179.

⁵⁵⁶ Para la evolución de la teoría de la imputación véase GIMBERNAT ORDEIG, «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva», en ÁLVAREZ GARCÍA *et al* (coord.), *L-H al profesor Luis Rodríguez Ramos*, 2013, pp. 97 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 3 y ss.

⁵⁵⁷ Véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 2 y ss.

típica, y no una mera descripción del *verdadero* sentido de dichos términos⁵⁵⁸

La estructura actual de la teoría de la imputación objetiva se remonta a la contribución de tres grandes autores. Por un lado, al aporte tanto de RUDOLPHI⁵⁵⁹ como al de ROXIN⁵⁶⁰. Sin embargo, a estos dos datos cabe agregar la contribución que ya a principios de la década de los años 60 hiciera GIMBERNAT ORDEIG con la introducción del criterio del «fin de protección de la norma» como uno de los elementos centrales o «topoi» de lo que constituye hoy en día la teoría de la imputación objetiva⁵⁶¹. No obstante estas contribuciones, ya pueden encontrarse en los trabajos de MÜLLER⁵⁶² y de HONIG⁵⁶³ referencias acerca del planteamiento que posteriormente tomaría la forma de aquello que hoy se conoce como teoría de la imputación objetiva.

Puede afirmarse que la teoría de la imputación objetiva señala a grandes rasgos que «para que un resultado pueda ser atribuido a un sujeto, es necesario ya en el plano objetivo, que el resultado a imputar constituya la realización de un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea

⁵⁵⁸ MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal», *RECPC*, 2003, p. 8.

⁵⁵⁹ RUDOLPHI «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *JuS*, 1969, pp. 549-557.

⁵⁶⁰ Véase ROXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», *FS für Honig*, 1970, pp. 133-150.

⁵⁶¹ Véase GIMBERNAT ORDEIG, en ÁLVAREZ GARCÍA *et al* (coord.), *L-H al profesor Luis Rodríguez Ramos*, 2013, pp. 110 y ss.

⁵⁶² Véase MÜLLER, «La significación de la relación causal en el derecho penal y en el de reparación de daños», en SANCINETTI (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, 2009 (Ver especialmente nm. 58, 59 y 61).

⁵⁶³ HONIG, «Causalidad e imputación objetiva», en SANCINETTI (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, 2009 (Ver especialmente nm. 180, 197).

precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto»⁵⁶⁴. En tal sentido, un comportamiento jurídico-penalmente relevante existe de acuerdo con la imputación objetiva con la creación de un riesgo desaprobado en referencia al bien jurídico protegido por el tipo⁵⁶⁵. La referencia al tipo como categoría no es producto del azar. En efecto, lo que hace la teoría de la imputación objetiva es reunir una serie de criterios normativos que excluyen la tipicidad, ubicándolos sistemáticamente en la teoría del delito en la categoría de la tipicidad⁵⁶⁶.

Hoy en día, uno de los aspectos más relevantes de la imputación objetiva radica efectivamente en la utilización de criterios *normativos* para *atribuir* el resultado producido a un sujeto que con su conducta ha creado un riesgo jurídico desaprobado. Siempre que el riesgo creado por el autor sea el que efectivamente se haya materializado en el resultado. En este sentido, la doctrina está de acuerdo en que son criterios específicamente jurídicos los que ocupan el lugar fundamental de la argumentación de esta teoría⁵⁶⁷. Por ello se señala que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto dice si una persona ha realizado un tipo penal⁵⁶⁸. Efectivamente, en el ya clásico ejemplo en el que un sujeto A envía a B al bosque en una noche de tormenta con la esperanza de que le alcance un rayo, situación que finalmente sucede al ser B alcanzado por un rayo, podría *prima facie* afirmarse que A causó la muerte de B e imputarle el resultado. Sin embargo, hoy se entiende que «matar» es algo distinto a «poner

⁵⁶⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 30.

⁵⁶⁵ MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 2011, p. 151.

⁵⁶⁶ GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», en EL MISMO, *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 212.

⁵⁶⁷ Véase FRISCH, «La imputación objetiva: el estado de la cuestión», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, p. 25.

⁵⁶⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en derecho penal*, 2002, p. 26.

cualquiera de las condiciones de la muerte»⁵⁶⁹. En relación al caso de la muerte de B por un rayo, se trata de que «una posibilidad totalmente improbable de que se produzca un resultado no justifique una restricción de la libertad general de obrar»⁵⁷⁰. En este caso, falta el riesgo *jurídico* desaprobado que tenga la aptitud o idoneidad de producir el resultado en la forma en que este finalmente ocurrió.

La pregunta que se formula con la imputación objetiva es si la muerte de B puede ser imputada objetivamente al sujeto A como un hecho suyo o si por el contrario la muerte de B fue una mera coincidencia causal y casual. El aporte que introduce la teoría de la imputación objetiva es enorme, en el sentido de que el análisis consiste en determinar objetivamente lo que puede ser considerado, desde un punto de vista normativo, como obra de un autor y lo que no es obra suya porque consistía en un riesgo irrelevante desde el punto de vista del Derecho penal o porque el resultado fue producto de otro riesgo. En efecto, para imputar objetivamente un resultado a un comportamiento es necesario que el riesgo típicamente relevante creado por el sujeto pueda verse realizado materialmente en el resultado concreto producido⁵⁷¹. Por el contrario, si el resultado se produce pero por otro riesgo, no puede imputarse el resultado a la conducta creadora del primer riesgo típico, pues es necesaria la denominada relación de riesgo entre la conducta creadora del riesgo y el resultado producido⁵⁷².

⁵⁶⁹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 26.

⁵⁷⁰ FRISTER, «La imputación objetiva», en SANCINETTI (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, 2009, nm. 5.

⁵⁷¹ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. I, 2006, § 11/47; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, p. 263.

⁵⁷² MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., 2007, p. 257.

Así, quedan fuera del ámbito de la responsabilidad jurídico-penal los resultados por las consecuencias de cursos causales irrelevantes o riesgos socialmente adecuados o no relevantes para el Derecho penal. En palabras de FRISCH, no se puede considerar ilícita la creación consciente de riesgos *tolerados* por mucho que vayan acompañados de malas intenciones⁵⁷³.

Si bien el planteamiento de la creación del riesgo desaprobado y la materialización de él en el resultado conforman el postulado central de esta teoría, también hay algunos elementos adicionales que se deben tener en cuenta. El principio de confianza, la prohibición de regreso, la exclusión de la imputación según el ámbito de protección de la norma y los casos del comportamiento alternativo adecuado a Derecho consisten en criterios adicionales que derivan de la misma idea básica y cuya función es afirmar o excluir la imputación objetiva⁵⁷⁴.

Es difícil imaginar una sociedad en la cual no existan determinados riesgos en los diversos y permanentes contactos entre esferas jurídicas. En el sector económico, por ejemplo, que resulta ser una actividad en la cual el riesgo se encuentra presente en muchas de sus manifestaciones, no podría existir tal actividad económica como la conocemos si no se permitieran ciertos riesgos. Sin riesgo económico la sociedad estaría condenada a un inmovilismo financiero y patrimonial. Seguramente se volvería a un sistema económico de trueque en que no había riesgo de pérdida o de resultados negativos para las partes que contrataban. Por el contrario, muchas de las actividades que se consideran socialmente útiles

⁵⁷³ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 61.

⁵⁷⁴ Véase ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. I, 2006, § 11/43; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, pp. 241 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, 5ª ed., 2002, pp. 307 y ss.

entrañan un mínimo de riesgo y prohibirlas supondría paralizar la vida social tal como hoy la entendemos⁵⁷⁵.

Para aceptar la realización de determinadas actividades de riesgo (piénsese en actividades peligrosas como el tráfico rodado) se ha de atender en ocasiones a una estructura de riesgo permitido condicionado o al cumplimiento de determinadas normas de comportamiento como límite de la libertad permitida. De esta forma el riesgo inherente a toda actividad peligrosa socialmente admitida que permanece aun con el cumplimiento de las normas de cuidado, recibe el nombre de riesgo permitido⁵⁷⁶, y su principal efecto es el de excluir de responsabilidad al sujeto que actúa dentro de este ámbito de permisión de un riesgo⁵⁷⁷.

A pesar de algunas críticas de ciertos sectores del finalismo que rebaten la necesidad de su aplicación y ponen en duda sus requisitos materiales⁵⁷⁸, la teoría de la imputación objetiva ha tenido un indiscutible triunfo en la doctrina ampliamente dominante tanto en Alemania como en España⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, p. 262.

⁵⁷⁶ REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1996, p. 92.

⁵⁷⁷ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en derecho penal*, 1995, p. 41.

⁵⁷⁸ Véase un interesante resumen acerca de las objeciones del finalismo a la imputación objetiva en, FRISCH, «La imputación objetiva: el estado de la cuestión», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Sobre el estado de la teoría del Delito*, 2000, pp. 40 y ss.

⁵⁷⁹ Véase meramente a modo de ejemplo a favor de la teoría de la imputación objetiva las siguientes obras de la doctrina española GIMBERNAT ORDEIG, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, 2011; EL MISMO, en EL MISMO, *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., 1990, pp. 209 y ss.; ANARTE BORRALLÓ, *Causalidad e imputación objetiva*, 2002; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en derecho penal*, 2002; EL MISMO, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2012, p. 210; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, pp. 259 y ss.; EL MISMO, en *RECPC*, 2003; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte general*, 8ª ed., 2011, pp. 229 y ss.;

De todas formas, de hecho que la doctrina ampliamente mayoritaria la haya acogido como teoría principal de atribución de responsabilidad penal, no significa que no se sigan debatiendo algunas cuestiones que se presentan problemáticas en la propia teoría de la imputación objetiva⁵⁸⁰. Esto último se debe seguramente a que el desarrollo de esta teoría no puede darse por zanjado por lo que se continúa avanzando en mejorar su capacidad de rendimiento.

REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2ª ed., 1996; SILVA SÁNCHEZ, «Límites a la responsabilidad por imprudencia», *La Ley*, 1984, pp. 1040 y ss.

⁵⁸⁰ Véase ROBLES PLANAS, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal», en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2006, pp. 63 y ss.; WOLTER, «La imputación objetiva y el sistema moderno del derecho penal», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, 1994, p. 69; STRUENSEE, «Acerca de la limitación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria al tipo objetivo» en MAIER/BINDER (compiladores), *El Derecho penal hoy. L-H al profesor David Baigún*, 1995, pp. 251 y ss.

CUARTA PARTE
APROXIMACIÓN NORMATIVA
AL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES.

CAPÍTULO I
LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL
DEUDOR EN EL DERECHO

I. LA POSICIÓN DEL DEUDOR EN EL DERECHO

1. El deber negativo del deudor

La responsabilidad en los delitos de insolvencia y en particular en el delito de alzamiento de bienes se fundamenta en la libertad de organización que tiene el deudor sobre su propio patrimonio. En tal sentido, recae sobre el deudor un deber negativo de no lesionar a su acreedor. En esta colisión de libertades entre la del deudor y la del acreedor la posición del deudor se fundamenta en un deber negativo de no lesionar a su acreedor debido a la *competencia* que tiene en el uso y libre disposición sobre su esfera patrimonial (sobre su esfera de libertad en la cual se encuentra su patrimonio como elemento de la personalidad de todo ciudadano). Por ello al deudor le incumben todas aquellas consecuencias que resulten de aquellas conductas que recaigan sobre sus bienes por el hecho de que tales consecuencias pueden dar lugar a un daño o lesión de la esfera del acreedor. Si todo delito constituye una personificación concreta de una

forma de lesionar la libertad ajena⁵⁸¹, cabe afirmar que en virtud del delito de alzamiento de bienes el deudor debe evitar lesionar la libertad del acreedor a través de la defraudación de las expectativas de cobro que el ordenamiento jurídico le garantiza a éste último.

En concreto, el deber negativo del deudor consiste en un deber de no lesionar fraudulentamente el patrimonio de sus acreedores defraudando las expectativas de cobro a través de la creación de una situación de insolvencia⁵⁸². Como se ha señalado anteriormente, se trata de una expectativa que está normativamente garantizada por el ordenamiento jurídico cuyo anclaje en el derecho positivo se encuentra en el art. 1911 del CC y donde el delito de alzamiento de bienes constituye su refuerzo punitivo a través de la norma del art. 257 de CP.

En virtud del deber negativo, el deudor debe evitar la creación de riesgos no permitidos que sean idóneos para lesionar el patrimonio de su acreedor, pues en el deudor recae el deber de asegurar su propio patrimonio de tal manera que evite los riesgos que puedan resultar de su comportamiento. En unas ocasiones la responsabilidad por libertad de organización del deudor puede presentarse externamente como la infracción de prohibiciones, en el sentido de «evita acciones que produzcan la insolvencia». En otras, como la infracción de mandatos, en el sentido de «asegura tu patrimonio frente a los riesgos de insolvencia en las actuaciones que has emprendido». Ahora bien, lo relevante a efectos normativos en virtud del delito de alzamiento de bienes es que el fundamento de la responsabilidad consiste en la infracción del deber

⁵⁸¹ Véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 157 y ss.

⁵⁸² De la misma opinión FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial», *Indret*, 2009, p. 11; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, 1999, pp. 188 y ss.

negativo que recae en la posición jurídica que ostenta el deudor en el Derecho.

2. ¿Tiene el deudor un deber positivo?

Como se observó, la responsabilidad por la vulneración de deberes positivos basada en la idea de responsabilidad institucional sostenida por JAKOBS se funda en la existencia de instituciones reconocidas por la sociedad que tienen la misma importancia para la existencia de ésta como la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias⁵⁸³. Se trata, desde aquella perspectiva, de la construcción de un mundo en común donde un sujeto tiene una vinculación institucional con un ámbito de organización y el deber de mejorar la situación de otro ámbito vital. En los llamados delitos de infracción de un deber institucional, la responsabilidad no consiste en la infracción de un rol general de ciudadano fundado en el *neminem laedere* sino de la vulneración de un rol especial fundado en deberes positivos⁵⁸⁴. El obligado especial en virtud de deberes positivos institucionales debe, en otras palabras, velar por el bienestar de ese otro ámbito de organización, construir con él un mundo en común en virtud de la institución que hay detrás de ese bien jurídico.

Según lo anterior, la pregunta que corresponde formular aquí es si el deudor posee un deber positivo, es decir, si debe no sólo evitar lesionar la esfera del acreedor creando su propia insolvencia, sino que si estaría obligado a mejorar su propio patrimonio construyendo así en conjunto un «mundo en común» con su acreedor.

⁵⁸³ Así lo ha establecido Jakobs en su obra, véase JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 994.

⁵⁸⁴ Véase JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, pp. 993 y ss.

En la doctrina, y partiendo de la base de la existencia de diversos roles económicos que vulneran distintos deberes, FEIJOO SÁNCHEZ sostiene que, en los delitos de insolvencia, en concreto en el caso del delito concursal del artículo 260 del Código penal, el deudor que está ante una situación de insolvencia inminente modifica su posición jurídica o estatus normativo y pasa a ocupar un rol del cual derivan deberes positivos para con su acreedor⁵⁸⁵. Según entiendo, para este autor el deudor antes de que pueda detectar su insolvencia inminente sólo tiene respecto a su acreedor un deber negativo pero una vez advertida la inminencia de la insolvencia cambia su estatus a un estatus especial que hace surgir un deber positivo respecto a su acreedor. Hasta donde alcanzo a ver, para FEIJOO SÁNCHEZ el estatus especial del deudor deriva de lo que establece la Ley Concursal que en su artículo 5 prescribe el deber del deudor de solicitar el concurso de acreedores dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

Sin embargo, afirmar que existe un deber positivo para el deudor es afirmar también bajo el planteamiento institucional de JAKOBS la existencia de una institución que vincule al deudor con el acreedor y que sea de tanta importancia para la configuración social como lo es la libertad de organización. Pues bien, es difícil encontrar la institución que estaría detrás de estos deberes positivos que tendría, en opinión de FEIJOO SÁNCHEZ, el deudor que advierte una insolvencia inminente. Sólo puedo aquí imaginar que quien sostenga la existencia de deberes positivos del deudor debería señalar que el deudor no sólo no debe evitar lesionar el derecho de crédito del acreedor, sino que también debe optimizar la posición jurídica del acreedor. Esto significa que debe mejorar su propio

⁵⁸⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *Indret*, 2009, p. 11.

patrimonio porque de esta forma mejora además el patrimonio de su acreedor.

Si bien la infracción del deber de solicitar la declaración de concurso tiene como consecuencia que éste será calificado como concurso culpable de acuerdo a la ley extrapenal (LC), ello no posee ninguna repercusión en el ámbito penal. La sanción por la vulneración del deber de solicitar el concurso por parte del deudor cuando este hubiese conocido su estado de insolvencia consiste en la prohibición de la propuesta anticipada de convenio y en la calificación del concurso como culpable. La consecuencia de que el concurso se califique como culpable puede consistir en la inhabilitación del deudor para administrar bienes ajenos durante un período de 2 a 15 años así como en la inhabilitación para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo de tiempo, «*atendiendo en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio*» (art.172.2.2º. LC)⁵⁸⁶. De hecho el mismo artículo 260 del CP deja claro que la calificación de la insolvencia en el proceso civil en ningún caso vincula a la jurisdicción penal. Por ello creo que en esta situación nos encontramos ante el caso de un deber de solidaridad patrimonial sin consecuencia penal.

En mi opinión, cabe afirmar que con base en la actual configuración normativa de los tipos de insolvencia, éstos se estructuran como delitos que vulneran deberes negativos a excepción de un solo supuesto que se verá a continuación. Por el contrario, si se quisiera afirmar que existen deberes positivos del deudor desde la perspectiva de JAKOBS que, hasta donde observo parece seguir FEIJOO SÁNCHEZ, se tendría que sostener que de lo que se trata entonces es de que el deudor construya con su acreedor

⁵⁸⁶ Véase PULGAR EZQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores*, 2005, pp. 411 y ss.

un mundo en común respecto al patrimonio de este último. Se debería construir un argumento que señalase que el deudor está vinculado *institucionalmente* con el acreedor, que existe una conexión de dos ámbitos vitales: deudor y acreedor, donde el primero tiene respecto al segundo un deber de solidaridad. Frente a ello cabe objetar que no existen en nuestro ordenamiento jurídicos deberes positivos patrimoniales, también conocidos como deberes de solidaridad patrimonial. Los deberes positivos basados en una solidaridad activa (como el que se encuentra en el art. 195 del CP o en art. 412.3 del CP) están referidos a bienes personalísimos de la víctima como la vida e integridad física, pero no alcanzan a bienes de carácter patrimonial. Por otro lado, no se puede apreciar un vínculo basado en un deber institucional, puesto que la relación entre acreedor y deudor está basada en el uso de la libertad de ambos y no en una institución fundamental para la sociedad.

Como señalé anteriormente, estimo que sólo en una concreta situación un deudor puede cambiar de estatus y ocupar una posición jurídica basada en un deber positivo cuyo fundamentado se encuentra en los deberes de colaboración con una función estatal. Se trata de aquel supuesto en que el deudor es nombrado depositario de los bienes embargados y pasa a ocupar una posición jurídica de quasi-funcionario de la administración de justicia. Aquí sí cabe afirmar que el deudor posee a través de una delegación un deber positivo especial⁵⁸⁷. En efecto, de acuerdo con el planteamiento que aquí se sigue en relación a los deberes positivos, los art. 435.2º y 435.3º del CP señalan que son aplicables las disposiciones relativas al delito de malversación de caudales o efectos públicos, a los particulares legalmente designados como depositarios o administradores de dinero o bienes embargados aunque éstos pertenezcan a particulares. De acuerdo con ello,

⁵⁸⁷ Véase ROBLES PLANAS, *InDret*, 2013, p. 16.

el deudor particular que es nombrado depositario de los bienes que le han sido embargados puede cometer malversación cuando con ánimo de lucro sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que han sido embargados y que tiene bajo su custodia.

Debido al cambio desde un estatus general a un estatus especial existe una vinculación institucional entre el deudor y la administración de justicia que se basa en deberes positivos de colaboración con el Estado. En este sentido, la responsabilidad del deudor por la afectación a los bienes embargados será reconducida de acuerdo a las normas del delito de malversación y no en virtud del delito de alzamiento de bienes del 257.1.1°. Se tratará de un caso de concurso aparente de normas penales que se resuelve por vía de la aplicación del principio de consunción, pues con la aplicación del delito de malversación, cuya pena es mayor a la del alzamiento de bienes, se absorbe el desvalor de éste último⁵⁸⁸.

II. MODELOS NORMATIVOS DE CONDUCTA DEL DEUDOR

En todo delito de insolvencia existe un vínculo jurídico denominado obligación que da origen a los sujetos respectivos del tipo penal. Por un lado al deudor como sujeto activo del delito y por otro al acreedor como víctima o sujeto pasivo. Si detrás del delito de administración fraudulenta existe un deber de administrar diligentemente el patrimonio ajeno, en los delitos de insolvencia existe un deber de administrar diligentemente el propio patrimonio por los perjuicios que se causan a terceros (acreedores) al provocar la propia insolvencia. El fundamento de ello reside nuevamente en el sinalagma de la responsabilidad por organización en

⁵⁸⁸ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 82.

virtud del deber negativo del deudor: libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias de dicha organización.

Mediante el vínculo jurídico entre dos (o más) partes se concreta el tercero a quien el deudor puede ocasionar un daño patrimonial por organizar de manea no permitida su esfera patrimonial. En esto consiste aquella particularidad de todo delito de insolvencia de que la lesión *atípica* de la *propia* esfera de organización del deudor a través de la producción de la insolvencia fraudulenta produce una lesión *típica* de la esfera del acreedor.

Para saber hasta donde alcanza la libertad del deudor respecto a la administración de su propio patrimonio a fin de evitar perjudicar a sus acreedores mediante una organización defectuosa de su propia esfera, es necesario concretar qué es lo que se puede esperar del deudor como actuación normal o como comportamiento dentro de lo permitido o tolerado socialmente. En este sentido, y debido a que en toda obligación es indispensable un modelo que rijan la conducta del deudor⁵⁸⁹, puede acudirse a determinados modelos de comportamiento o conducta a fin de otorgar seguridad o determinadas expectativas sobre aquello que será tolerado en el comportamiento del deudor por parte de los acreedores y demás actores del tráfico económico. Los modelos normativos de conducta del deudor establecen justamente cuáles son los deberes de conducta que una sociedad le puede exigir a un deudor. En este sentido, los modelos de conducta corresponden a la *pauta de valoración* jurídico-

⁵⁸⁹ BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 134.

penal de la conducta de un sujeto cuya vulneración trae aparejada una sanción del ordenamiento jurídico⁵⁹⁰.

De acuerdo a lo anterior, para la determinación de la configuración normativa del deudor se debe recurrir a determinados modelos normativos que ha establecido previamente el Derecho privado, en concreto el derecho de obligaciones como sistema que regula los contactos jurídicos entre acreedor y deudor. Para determinar qué es lo exigible a un sujeto que está en una posición jurídica de deudor, se recurre a determinados modelos de diligencia que el Derecho de obligaciones ha ido elaborando, a fin de que en base a ello el deudor ajuste su comportamiento. Respecto de estos modelos de diligencia del deudor la doctrina ha señalado que se tratan de verdaderos modelos de conducta a los que los usos sociales dotan de contenido efectivo⁵⁹¹.

Ahora bien, respecto al alcance de la normatividad de estos modelos de conducta DIEZ-PICAZO señala que, si bien ellos poseen un significado basado en la idea de diligencia como la actividad que una persona *debe* o tiene que desplegar en una situación jurídica dada, dicho significado no viene establecido por lo que ocurra de hecho. Pues como señala este autor «de forma parecida a lo que ocurre con la buena fe, se han ido creando reglas de conducta que la conciencia social considera de necesaria obediencia en determinados supuestos»⁵⁹². En consideración a ello, tales modelos tienen un aspecto normativo en cuanto constituyen la determinación de lo socialmente tolerado para la libertad de actuación del

⁵⁹⁰ Véase PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en derecho penal*, 1995, pp. 116 y ss.

⁵⁹¹ Véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., vol. II, 2008, p. 118.

⁵⁹² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., vol. II, 2008, p. 118.

deudor en determinados supuestos de actuación. Siguiendo a BADOSA COLL podemos identificar tres modelos de conducta.

1. Modelo abstracto del no profesional. El buen padre de familia

Este modelo de conducta contiene dos sub modelos. El primero que corresponde al modelo del “común de los hombres” y otro que consiste en el modelo del “buen padre de familia”. Ambos caracterizados por la no profesionalidad del sujeto. Si bien la doctrina civilista habla de un solo modelo abstracto del no profesional, es preferible a efectos didácticos y para una mejor sistematización hacer una división de los dos modelos de conducta que acabamos de nombrar.

Por una parte, la diligencia que el común de los hombres emplea en la gestión de un asunto es aquella que consiste en realizar aquellos actos concretos que responden a cómo conservan o gestionan un asunto la mayoría de las personas⁵⁹³. Esta sería la diligencia mínima esperable del hombre medio. Por otra parte, el modelo del buen padre de familia se refiere al modelo del hombre diligente que, no siendo un profesional en la gestión de los asuntos que realiza, sí emplea un mayor nivel de diligencia que el exigible por el modelo de diligencia aplicable al común de los hombres. Como señala DIEZ-PICAZO, el modelo del padre de familia posee aquella diligencia que pone un buen padre de familia en sus propios asuntos entendida como un normal nivel de esfuerzo y atención que ponen las personas con un grado de diligencia medio⁵⁹⁴. En este sentido, la expectativa que crea el modelo del buen padre de familia para quien

⁵⁹³ BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 101.

⁵⁹⁴ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., vol. II, 2008, pp. 119 y 120.

mantiene un contacto económico con un deudor que se encuentra en este modelo corresponde a aquella expectativa sobre la diligencia en el comportamiento que pone un *hombre prudente no profesional en la gestión de sus propios asuntos*. Si bien se trata de un agente no profesional, corresponde a la persona corriente idónea para organizar su esfera económica y por lo tanto un posible agente en el proceso económico⁵⁹⁵.

El modelo de conducta del deudor referido al buen padre de familia está expresamente descrito en el ordenamiento jurídico en el art.1104.2 del CC. En esta norma se establece que cuando en el vínculo entre acreedor y deudor no se exprese la diligencia que ha de prestar el deudor para el cumplimiento de la obligación, se exigirá la que corresponda al buen padre de familia.

Cabe precisar que el concepto del «buen padre de familia» se encuentra en al menos doce disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico⁵⁹⁶. Aun así, la doctrina ha afirmado que resulta anecdótico que dada la gran cantidad de ocasiones en que la legislación civil recurre al concepto del «buen padre de familia» se haya demostrado tan poco interés por tal concepto. Refiriéndose con cierto sarcasmo a la falta de estudios del modelo del buen padre de familia, se ha señalado por algún autor que «es como si

⁵⁹⁵ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., vol. II, 2008, p. 119.

⁵⁹⁶ Sólo en el Código Civil aparece esta noción en los art. 270 (tutela), 497 (usufructo), 1094 (obligaciones de dar), 1104 (culpa contractual), 1555 (arrendamiento), 1719 (mandato), 1801 (juego), 1867 (prenda), 1889 (gestión de negocios ajenos) y 1903 (culpa extracontractual) y 1104 (sobre la diligencia del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones).

existiese un generalizado acuerdo en que no hay nada que aclarar porque todo está muy claro»⁵⁹⁷.

La determinación en concreto de cómo se comporta el «buen padre de familia», será fruto de una valoración expresada por la conciencia social basada en el modelo de ciudadano que es ofrecido a cada uno por la sociedad en la que se vive. Ahora bien, dada esta dificultad de concreción se ha señalado que deberá atenderse, cuando no existe alguna norma jurídica de referencia, a las diversas condiciones sociales, políticas y económicas para valorar cada caso ya que en definitiva el modelo del buen padre de familia expresa un concepto deontológico⁵⁹⁸.

En definitiva en este modelo nos encontraremos con un deudor que no actúa en sectores de riesgo económico. Así, siempre que un deudor asuma una obligación en calidad de hombre medio, lo exigible y esperable de él será lo que se espera de un buen padre de familia ya que ese es el modelo de conducta aplicable para un deudor no profesional pero que se comporta con más diligencia que el común de las personas⁵⁹⁹.

Debido a que las conductas que realiza un deudor bajo el modelo del buen padre de familia serán comportamientos sometidos a riesgos esporádicos, la expectativa de conducta económica será por lo tanto la de un sujeto prudente que actúe siempre fiel al Derecho. El deber de conducta básico de quien se comporta como un buen padre de familia será siempre el del respeto por las normas jurídicas, ya que el buen padre de familia siempre

⁵⁹⁷ BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, «El buen padre de familia», en *Estudio de derecho civil en homenaje al Profesor J. Beltran de Heredia y Castaño*, 1984, p. 80

⁵⁹⁸ BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, en *Estudio de derecho civil en homenaje al Profesor J. Beltran de Heredia y Castaño*, 1984, p. 79.

⁵⁹⁹ Véase BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 109.

cumple y respeta el Derecho. Por último, cabe señalar que el modelo del padre de familia no es ajeno al Derecho penal de la insolvencia. De hecho, el CP de 1973 recurría al modelo de diligencia del buen padre de familia como criterio de valoración del comportamiento del deudor para determinar si la quiebra podía calificarse de culpable⁶⁰⁰.

2. El modelo abstracto profesional

Es un modelo de conducta para quien posee determinados conocimientos o destrezas en un ámbito concreto. Se trata en el fondo de la idea de «diligencia profesional» entendiendo la palabra profesión en un sentido muy amplio⁶⁰¹. No se trata de habilidades individuales que posee ese deudor en concreto sino de determinados conocimientos o reglas que regulan el ejercicio de una actividad concreta y que son por lo tanto asequibles a cualquiera. Surge de esta forma, y para aquel que domine estas reglas, un estándar de diligencia mayor que la del modelo del padre de familia. En efecto, en este modelo el deudor se constituye como aquel profesional que domina ciertas reglas o técnicas de un determinado sistema como el ámbito de los negocios o del tráfico económico⁶⁰².

En virtud de lo anterior, la valoración de las conductas de un deudor ubicado en el modelo del profesional o perito debe realizarse de acuerdo a las reglas del ámbito o sector del tráfico en que lleve a cabo su comportamiento. Si por ejemplo, el deudor realiza una operación

⁶⁰⁰ El artículo 523.2 del CP de 1973 aludía al hecho de «Haber sufrido en cualquier clase de juego pérdidas que excedieran de lo por vía de recreo aventurarse, en un entretenimiento de esta clase, un prudente padre de familia».

⁶⁰¹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., vol. II, 2008, p. 120.

⁶⁰² BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 121.

financiera que bajo las reglas del sistema financiero era una operación adecuada, lógica o razonable, entonces ésta será una conducta del deudor dentro del margen de riesgo adecuado del ámbito de desarrollo de su actividad profesional. Si, por el contrario, esa misma operación era antieconómica, pues implicaba un riesgo excesivo observable con la diligencia exigible para cualquier operador objetivo del *mismo sector del tráfico* debido por ejemplo a la elevada inseguridad de retorno, se puede afirmar que esa conducta vulneraba los deberes de aseguramiento que se exige en ese sector concreto del tráfico económico.

Por ejemplo, una empresa A que es deudora de B concede un crédito a C sin comprobar la situación económica de esta última. Si lo normal en el sistema económico crediticio es comprobar la situación patrimonial del futuro deudor para decidir realizar la operación económica (que implica claramente un desplazamiento patrimonial importante), y la empresa A no verifica dicha situación económica de su deudor y realiza el préstamo conociendo el riesgo de tal conducta, entonces la empresa que concede el crédito infringió los deberes de diligencia exigidos por el sector económico concreto.

Ello tendrá relevancia si se da el hecho de que C no paga el crédito y finalmente A cae en insolvencia por la concesión de un crédito de una parte significativa de su patrimonio sin garantías a quien no reúne las condiciones mínimas exigibles. El perjuicio vendrá, desde la perspectiva que aquí interesa, para los acreedores de A que podrán imputar a su deudor la realización de una conducta riesgosa no permitida por infringir sus deberes de diligencia.

En este caso el riesgo económico es superior al riesgo socialmente tolerado para ese ámbito de actuación por el hecho de haber otorgado un crédito importante con infracción de los deberes de diligencia exigible. De

este modo, la actividad lícita de otorgar créditos se convierte en una conducta ilícita contraria a los riesgos normales⁶⁰³.

3. El modelo del ordenado empresario

También denominado como modelo del «ordenado comerciante», se trata de un deudor que se desenvuelve en un ámbito propio del comercio o del tráfico económico. Este modelo corresponde también a un modelo abstracto de conducta y se corresponde, al igual que el modelo anterior abstracto profesional, a la diligencia propia de las personas que se dedican al comercio. De hecho, la expresión «ordenado» implica la exigencia de una superior diligencia a los empresarios como deudores que se dedican de forma habitual a una actividad⁶⁰⁴. Ahora bien, la concreción de la actividad en la que el deudor obra tiene particular importancia. Ello es así porque de ahí surgen los criterios de riesgo aceptado, encontrándose estos en general en las normas particulares de cada sector específico.

En efecto, el modelo del ordenado empresario no debe entenderse como una fórmula rígida y general de cualquier sujeto que se dedique al comercio, sino que debe considerarse el ámbito concreto dentro del tráfico económico. Es decir, que partiendo de la base de que estamos ante un sujeto que desarrolla su actividad en tráfico económico deben aún determinarse los deberes de conducta que delimitan las actuaciones toleradas o esperadas dentro del sector concreto en que el deudor desarrolla su actividad. De tal manera que debe afirmarse que para el

⁶⁰³ MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible*, 2010, p. 228.

⁶⁰⁴ Véase RAMOS HERRANZ, «El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario», *ADC*, 2006, p. 211.

modelo del ordenado empresario el *parámetro de diligencia será distinto para cada sector del tráfico*⁶⁰⁵.

Al corresponder a un modelo abstracto profesional de un deudor, que se presume que domina ciertos conocimientos del sector en el que desarrolla su actividad, la expectativa que existe para él viene configurado por un sujeto prudente que no suele arriesgar su patrimonio en asuntos aventurados⁶⁰⁶, de ahí que la profesionalidad como distintivo en este modelo consista en una mayor previsión y prudencia en las actuaciones que lleve a cabo⁶⁰⁷. Cuando no existe una regulación normativa de los deberes que debe cumplir el deudor que opere bajo la posición de un ordenado comerciante la doctrina ha señalado que toda la actividad del ordenado comerciante debe ceñirse a la prudencia, a la previsión y a la eficacia. En este sentido, la prudencia en los negocios consiste en evitar operaciones que sobrepasan el riesgo que suele ser admisible en la actividad que desarrolla⁶⁰⁸.

De acuerdo con lo anterior y considerando la profesionalidad de los modelos abstractos de diligencia, un deudor bajo un modelo de ordenado empresario deberá comportarse conforme a los parámetros que correspondan a una correcta actuación de mercado. Ello quiere decir que aquellas actuaciones que impliquen movimientos de patrimonio significativos en operaciones de alto riesgo o maniobras de desplazamiento patrimonial en negocios desconocidos que contengan un

⁶⁰⁵ RAMOS HERRANZ, *ADC*, 2006, p. 196; GARRIGUES/URIA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, 3ª ed., t. II, 1976, pp. 159 y 160.

⁶⁰⁶ Véase GARRIGUES/URIA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, 3ª ed., t. II, 1976, p. 161.

⁶⁰⁷ RAMOS HERRANZ, *ADC*, 2006, p. 214.

⁶⁰⁸ FARRÁN FARRIOL, *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, 2004, pp. 33 y 34. El destacado es mío.

riesgo intersubjetivo de pérdida o fracaso supondrán una actuación por sobre el riesgo normal o tolerado del respectivo sector del tráfico económico.

La expectativa que emana de este modelo de deudor que se organiza bajo el rol de ordenado empresario consiste en que realice actuaciones patrimoniales que no superen los riesgos tolerados del sector respectivo del tráfico concreto. Por ello, las consecuencias que deriven de la realización de determinadas operaciones alejadas de los precios del mercado respectivo, inversiones altamente arriesgadas, especulativas o de alto riesgo le serán imputables penalmente⁶⁰⁹. En la realización de tales actuaciones por sobre el riesgo normal o tolerado, lo que se produce es una infracción del deber de conducta del modelo de un ordenado empresario o una defraudación de las expectativas de actuación que se esperaban de un deudor en su posición por parte del resto de operadores económicos. Ello es debido a que lo que no se espera del ordenado empresario es que se comporte sin consideración alguna a las reglas que advierten de los riesgos, esto es, que contradiciendo la regulación de actuaciones del tráfico lleve igualmente a cabo actuaciones fuera del riesgo tolerado.

III. FUNCIÓN DE LOS MODELOS NORMATIVOS DE CONDUCTA DEL DEUDOR

La finalidad del estudio de estos modelos de conducta del deudor obedece al intento de desarrollar unos criterios de valoración objetiva para la determinación del riesgo permitido del ejercicio de la libertad del deudor respecto a su propio patrimonio. En otras palabras, se intenta distinguir

⁶⁰⁹ Véase SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., 2007, p. 185.

aquellas acciones u omisiones que, aunque naturalísimamente sean subsumibles en la descripción del tipo de alzamiento de bienes o caigan bajo el sentido literal de «ocultación de bienes», no sean consideradas típicas por no haber infringido el deudor su deber objetivo de comportamiento⁶¹⁰.

Efectivamente, se trata de aplicar un baremo objetivo para la solución del conflicto de intereses entre el deudor y acreedor. Tal conflicto tiene lugar entre la libertad de organización de la esfera jurídica del deudor y el interés que posee el acreedor en que no se defraude su expectativa de cobro. Ante tal situación se debe ponderar la autonomía de la libertad del deudor para gestionar el dominio sobre su patrimonio y la expectativa normativa del acreedor. Ahora bien, para cumplir con el deber de mantener su patrimonio libre de riesgos el deudor ha de ejercer su derecho de disposición del propio patrimonio de acuerdo a un conjunto de reglas que configuran unos modelos normativos de conducta por los que debe guiar sus actuaciones a fin de evitar el riesgo de insolvencia que le amenace. Así, se puede lograr armonizar la libertad del deudor y el interés jurídicamente garantizado del acreedor.

En efecto, la determinación de la diligencia de la conducta del deudor sirve como forma de aseguramiento de la confianza de los acreedores en las actuaciones del primero. Opera como una medida que incentiva la seguridad jurídica en las operaciones del tráfico. Desde este punto de vista, estos modelos de conducta son útiles para otorgar seguridad respecto del comportamiento de un tercero (el deudor) con quien se mantienen contactos económicos que dan lugar a la creación de riesgos para el acreedor u otros operadores económicos que tengan interés en las

⁶¹⁰ En este sentido PAREDES CASTAÑÓN, en QUINTEROS/MORALES (coord.), *El nuevo derecho penal español*, 2001, p. 1641.

actuaciones del deudor. En el fondo, un modelo de conducta permite a todo acreedor saber qué puede esperar del deudor con el que realiza una operación económica⁶¹¹.

En resumidas cuentas, lo que se ha venido señalando en los párrafos anteriores puede resumirse en lo siguiente: Para facilitar los contactos sociales (y económicos en este caso), el ordenamiento jurídico configura determinados modelos de conducta que operan como *reglas de interacción* entre los partícipes del tráfico, y que establecen los cuidados necesarios para evitar que el ejercicio de la libertad de unos sea dañosa para otros⁶¹². Así, estos modelos de conducta o reglas de interacción se utilizan como recurso al cual el deudor puede atender para el cumplimiento del deber negativo que le compete. En concreto, *sirven como reglas de conducta para que el ejercicio de la libertad de actuación del deudor sobre su propio patrimonio pueda seguir siendo respetuoso del derecho de los demás y cumpla con el deber negativo de no dañar o lesionar intereses ajenos*. En este sentido, estas reglas «obligan al sujeto a asegurar su esfera jurídica. A controlarla de tal modo que los riesgos que emanen de ella no superen el nivel de lo permitido en la interacción»⁶¹³. Por lo demás, esta idea de establecer modelos de deberes de diligencia del deudor no es ajena al sistema jurídico de los delitos económicos, de hecho es el camino que ha tomado el legislador penal para las insolvencia

⁶¹¹ Véase RAMOS HERRANZ, *ADC*, 2006, p. 216.

⁶¹² Véase DOPICO, *Omisión e injerencia en derecho penal*, 2006, p. 749.

⁶¹³ DOPICO, *Omisión e injerencia en derecho penal*, 2006, p. 750.

punibles en el proyecto de ley de reforma del código penal de 2013-2014⁶¹⁴.

Como se puede constatar, estos modelos de conducta o reglas de interacción cumplen la misma función que las reglas de cuidado que se encuentran en los diversos sectores de la sociedad, pues como se ha señalado, tales reglas «son una concreción, en cada ámbito de especialidad de la vida social, del deber general derivado de los principios de derecho *alterum non laedere* y *neminem laedere*, o más específicamente de no crear un riesgo no permitido»⁶¹⁵.

Un cometido importante de los modelos normativos de conducta del deudor es determinar *si las conductas de un deudor se ajustan al modelo de deudor que un acreedor puede esperar*. Se debe partir por un modelo ideal de deudor «diligente», «normal» o «razonable» cuyas decisiones se basen en aquello que haría intersubjetivamente un deudor razonable, afirmándose por tanto, en principio, un ánimo defraudatorio cuando el comportamiento del deudor no se ajuste al modelo de deudor diligente, normal u ordenado⁶¹⁶. Al respecto, la doctrina ya ha observado que la opción más satisfactoria para comprender el alzamiento de bienes consiste en «*individualizar el nivel de cuidado exigido en función de la posición ocupada por el sujeto actuante en el tráfico jurídico o en la vida social;*

⁶¹⁴ De la misma opinión BACIGALUPO SAGGESE, «La reforma de los delitos de insolvencias punibles en el anteproyecto de reforma del código penal de 2012», *RDCP*, 2013, p. 476.

⁶¹⁵ CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, 1998, p. 92.

⁶¹⁶ Véase PAREDES CASTAÑÓN, en QUINTEROS/MORALES (coord.), *El nuevo derecho penal español*, 2001, p. 1640.

así, más allá de dicho nivel de cuidado, nada le será exigible al deudor»⁶¹⁷.

Por último, cabe aclarar un punto de significativa importancia. Es verdad que podría pensarse que estos criterios de determinación de lo permitido poseen una estructura muy similar a los que se utilizan en la determinación del deber de cuidado en el delito imprudente. Al respecto, la doctrina ha puesto de manifiesto que efectivamente en muchas ocasiones resulta poco claro saber si alguien ha actuado con dolo o imprudencia⁶¹⁸. Ello resulta todavía más problemático en el ámbito del derecho penal económico. Sin embargo, la opinión ampliamente dominante parte actualmente de la idea de que dolo e imprudencia se encuentran en una «relación gradual», de modo que en caso de situación probatoria poco clara se puede condenar por imprudencia con forme al principio «*in dubio pro reo*»⁶¹⁹. Además, cabe señalar que lo relevante en estos casos para la imputación del dolo es afirmar que el deudor conocía el riesgo que contenía su comportamiento, es decir, si conocía el hecho de que tal acción u omisión era idónea para la producción del resultado de insolvencia⁶²⁰.

⁶¹⁷ Véase PAREDES CASTAÑÓN, en QUINTERO/MORALES (coord.), *El nuevo derecho penal español*, 2001, p. 1643. El destacado es mío.

⁶¹⁸ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. I, 2006, § 24/77.

⁶¹⁹ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. I, 2006, § 24/79.

⁶²⁰ Véase las páginas 155 y siguientes.

QUINTA PARTE
LÍMITES A LA LIBERTAD ORGANIZATIVA DEL DEUDOR

CAPÍTULO I
EL COMPORTAMIENTO TÍPICO

I. LA DETERMINACIÓN DEL RIESGO PERMITIDO

1. La determinación en abstracto

Como se ha venido señalando, para configurar un modelo de comprensión del delito de alzamiento de bienes distinto al de la opinión dominante es necesaria la aplicación de la teoría de la imputación objetiva a fin de superar el modelo que sustenta la tipicidad del comportamiento del deudor en la prueba de elementos subjetivos del tipo. En este sentido, uno de los principales objetivos es el de determinar el riesgo permitido del comportamiento del deudor con el objetivo de delimitar los espacios de libertad de éste. La cuestión del riesgo permitido no sólo cobra importancia en el tipo de alzamiento de bienes, sino que es de suma importancia en general en todos los delitos de insolvencia. Ello, por cuanto se trata de sectores de riesgo jurídico-económico más o menos permanentes. Frente a esta situación se debe intentar establecer, con la máxima claridad posible, hasta donde alcanza la libertad del deudor y, por el contrario, cuándo una conducta de éste se transforma en una injerencia no permitida en la esfera de su acreedor.

Esta labor relativa a determinar el riesgo permitido no es tarea fácil. La dificultad se debe a la permanente tensión a la que se ven sometidas las

instituciones de la teoría del delito frente a los nuevos paradigmas de la delincuencia económica patrimonial⁶²¹. De hecho, en ocasiones se sostiene que la aplicación de los criterios de imputación objetiva ha delimitado sólo de forma parcial el área de lo penalmente relevante en ámbitos como el económico en que existe un permanente riesgo y una aceptación de él más o menos tolerada por los sujetos que operan en estos sub sistemas⁶²². Ello se debe también a que el propio concepto de riesgo permitido como concepto normativo indeterminado, necesita de contenido, pues como bien sostuvo ENGISCH al respecto, el contenido y alcance del «riesgo permitido» es en principio incierto⁶²³.

En efecto, el “problema” que se encuentra detrás de la ya célebre frase «creación de un riesgo no permitido» es justamente encontrar criterios que permitan decidir cuándo estamos frente a un riesgo permitido y cuándo no. Se trata de encontrar elementos para afirmar si una conducta se desaprueba por no haberse orientado hacia el Derecho o si, por el contrario, sigue moviéndose dentro del marco de la libertad general de actuación⁶²⁴. La cuestión en concreto para este trabajo es responder a la pregunta ¿cuándo un deudor sobrepasa el nivel de riesgo permitido en relación al delito de alzamiento de bienes del art. 257.1.1º? La respuesta

⁶²¹ Acerca de la tensión entre la teoría del delito y el derecho penal económico Véase SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, 2013, pp. 7 y ss.; EL MISMO, «Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 37 y ss.

⁶²² CANESTRARI, en TERRADILLOS/ALCALE (coord.), *Temas de derecho penal económico. III Encuentro Hispano-Italiano de derecho penal económico*, 2004, p. 67.

⁶²³ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, 2001, pp. 130 y ss.

⁶²⁴ ROBLES PLANAS, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo», en FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar*, 2006, pp. 97 y 98.

pasa por establecer cómo, o con base en qué criterios se determina el riesgo permitido respecto de un deudor en relación al alzamiento de bienes o, en general en relación con los delitos de insolvencia.

En la búsqueda de la solución a este problema lo primero que debe señalarse es que la afirmación de que un riesgo es permitido o no permitido constituye un proceso de determinación con base a normas jurídicas, normas técnicas o reglas de prudencia que rigen el sector económico correspondiente⁶²⁵. En algunos casos el riesgo permitido está regulado normativamente a través de leyes o reglamentos que prohíben bajo sanción la realización de determinadas conductas, en otros, simplemente no existe regulación normativa que sirva de orientación para saber si una actuación de un sujeto puede ser catalogada como inadmisiblemente peligrosa para un determinado bien jurídico.

Un ejemplo de un ámbito en que el riesgo está regulado normativamente es el del tráfico rodado. En general, la utilización de vehículos motorizados constituye un comportamiento necesario para el funcionamiento de la sociedad. No se puede renunciar a ellos sin renunciar al mismo tiempo a la actual configuración de la sociedad. Si bien es cierto que conducir un vehículo implica de por sí un riesgo, si ello se hace cumpliendo con determinadas normas (como son las normas del tráfico vehicular) entonces se afirma que es un riesgo permitido, pues mediante el cumplimiento de tales normas de circulación el conductor mantiene el riesgo a raya. En otras palabras, mediante el cumplimiento de determinadas normas el riesgo se mantiene dentro de un ámbito tolerado socialmente. Sin embargo, en el caso del tráfico rodado cuando el conductor deja de respetar las normas del tráfico como la velocidad

⁶²⁵ En este sentido GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2007, p. 353.

máxima obligatoria para circular o vulnera la norma que prohíbe avanzar mientras el semáforo está en rojo, ese riesgo deja de ser permitido porque vulnera las normas que el propio sistema de circulación vehicular ha impuesto para su correcto funcionamiento.

Ahora bien, la observancia de las reglas de cuidado no convierte por ello a toda conducta riesgosa en una conducta permitida. En este sentido lleva razón FRISCH cuando señala que en casos concretos incluso observando las reglas de cuidado se puede constatar un riesgo claramente *mayor* que el riesgo básico típico que suele quedar al cumplir la norma⁶²⁶. En dicho caso, señala FRISCH, la conducta que observa la norma no puede presentarse como creación de riesgo permitido⁶²⁷. En este sentido, se señala que así como las infracciones de las reglamentaciones no constituyen más que un *indicio* del injusto típico⁶²⁸, su cumplimiento no da *vía libre* para actuar como si se tratara de una permisión para llevar a cabo comportamientos peligrosos.

En efecto, es erróneo sostener que el conductor que va por la carretera respetando todas las normas del tráfico rodado en un momento determinado observa como un sujeto está sentado en medio de la carretera y, aun observando esta situación, no hace nada por evitar la colisión no crea riesgo desaprobado alguno. Pues del hecho de la observancia de las normas de cuidado no se deriva automáticamente el carácter diligente de la conducta, sino que esto constituye tan sólo un indicio al respecto⁶²⁹. Por ello se señala que la conducta que observa la regla de cuidado pero que

⁶²⁶ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 108.

⁶²⁷ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 108.

⁶²⁸ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 106.

⁶²⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 136.

aun así sobrepasa claramente el riesgo básico, ha de calificarse también como creación de riesgo desaprobada⁶³⁰.

Ahora bien, respecto a determinadas actividades como el tráfico rodado, la construcción de edificios, la manipulación de sustancias peligrosas o alimentos, existe una ventaja en relación a la determinación de lo permitido, pues se trata de actividades que, en las sociedades modernas, están por lo general reguladas en normas jurídicas. En estos casos es posible determinar con mayor facilidad y claridad aquello que está permitido y aquello que no⁶³¹.

Sin embargo, hay riesgos que provienen de determinadas conductas para las que no existe reglamentación o si existe, apenas permite distinguir los riesgos básicos tolerados de los no tolerados⁶³². En estos casos, el criterio que ayuda a determinar qué conductas han sido consideradas como peligrosas no se encuentra en una norma jurídica. Así, por ejemplo, no está regulada jurídicamente por ejemplo la actividad médico-quirúrgica, la forma de llevar a cabo acciones de salvamento en la montaña o en el mar, la forma de llevar a cabo la reparación de determinados vehículos, etc.⁶³³.

Esta falta de regulación normativa es justamente lo que sucede en determinados sectores económicos donde muchas veces no es posible determinar normativamente un estándar de actuación correcta debido a la multitud de circunstancias que pueden determinar lo adecuado en cada caso concreto. Por ello, en el caso del derecho penal económico se señala que se deberá recurrir a los estándares técnicos establecidos en el sector

⁶³⁰ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 108.

⁶³¹ JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, 1996, p. 125 y s.

⁶³² FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*. 2004, p. 116.

⁶³³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en derecho penal*, 2002, p. 258; FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 117.

económico específico⁶³⁴. La utilización del estándar técnico para la delimitación del riesgo permitido en realidad no es otra cosa que recurrir a las medidas de cuidado, precaución o seguridad que la mayoría de los especialistas de ese círculo del tráfico aceptan como válidas y utilizan para controlar los riesgos propios de la profesión o actividad⁶³⁵. No obstante, la remisión a estándares técnicos no significa que el Derecho penal impute de manera automática o mecánica el resultado producido. Dichas reglas contenidas en normas jurídicas no penales o reglamentos son criterios orientadores que sirven para la ponderación del límite del riesgo autorizado⁶³⁶.

Sin embargo, sólo mediante la observación de la diligencia exigida en el tráfico podrá el sujeto apelar a que su actuación se enmarca dentro de un riesgo permitido, es decir, «cuando han tomado todas las medidas de cuidado para proteger los bienes jurídicos amenazados por una actividad peligrosa»⁶³⁷. Ahora bien, si no es posible recurrir al estándar técnico o reglamentario porque en el caso concreto simplemente no existe estándar social de comportamiento al cual recurrir, deberá recurrirse como cláusula de cierre a la máxima ético-jurídica del *neminem laedere*, esto es, de no causar daño a nadie⁶³⁸.

⁶³⁴ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2007, p. 354.

⁶³⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, 2002, pp. 260 y ss.

⁶³⁶ BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1999, p. 274

⁶³⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2ª ed., 2007, p. 51.

⁶³⁸ SILVA SÁNCHEZ, «Mandato de determinación e imprudencia», *InDret* (editorial), 2012, p. 2.

2. La determinación en concreto

Los delitos de insolvencia tienen lugar dentro del sistema de relaciones económicas entre acreedor y deudor donde las decisiones del deudor sobre su patrimonio pueden estar sometidas al riesgo de pérdida patrimonial relevante desde el punto de vista del acreedor. Sin embargo, la toma de una decisión arriesgada no implica por sí misma una conducta punible toda vez que, tal como se ha señalado, el riesgo es inherente al mundo de los negocios⁶³⁹. Debido a ello, cabe preguntarse ya desde un punto de vista de política criminal cuál es el espacio de libertad que se estamos dispuestos a otorgar al sujeto que obra como deudor en un mundo en que el riesgo está presente de manera permanente en toda operación económica.

La necesidad de observar la configuración de la actividad del tráfico económico obedece a que aquellas conductas riesgosas toleradas en un determinado sector social, como el sector del tráfico económico, no pueden formar parte del ámbito de lo prohibido por el Derecho penal. El Derecho penal no puede aquí desconocer la configuración propia de un sub sistema que opera con sus propias reglas de riesgo y crear una dicotomía en la que lo que es ilícito en para el Derecho penal pueda ser lícito en el sector económico. Como bien ejemplifica FEIJOO SÁNCHEZ «el derecho penal no puede entrar como un elefante en una cacharrería sin considerar la regulación del orden primario o la red de relaciones sociales amparada jurídicamente ya que el umbral de la tipicidad o permisión de

⁶³⁹ FARALDO CABANA, «Los negocios de riesgo en el código penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, 1996, p. 174.

las conductas no se puede determinar sin tener en cuenta el sustrato normativo sobre el que se está actuando»⁶⁴⁰.

En este sentido el primer paso en la búsqueda de la determinación del riesgo permitido consiste en volcar la mirada justamente sobre la regulación normativa extra penal que rige en el sub sistema respectivo. En principio, en esta regulación pueden encontrarse conductas que, debido a su peligrosidad, ya han sido desvaloradas por el propio ordenamiento jurídico antes de la desvaloración jurídico-penal.

En el caso del alzamiento de bienes y de los delitos de insolvencia, la regulación normativa extra-penal es la LC. Si se parte de la base de que los delitos del capítulo VII del título XIII del CP regulan justamente la punibilidad de determinados comportamientos que dan lugar a situaciones de insolvencia fraudulenta, debe prestarse atención a la determinación de qué comportamientos son prohibidos por la LC, que es justamente el cuerpo normativo que regula las situaciones de insolvencia. Efectivamente, en dicho cuerpo normativo debería encontrarse la determinación de las actividades que se consideran peligrosas en relación con la producción de la insolvencia del deudor.

En el proceso de determinación del riesgo permitido la mirada a la LC es necesaria porque en ella se realiza *prima facie* una desvaloración de determinados comportamientos del deudor. De acuerdo con ello, no resulta válida la opinión que intente afirmar que lo regulado en la LC opera sólo para el delito concursal (art. 260 del CP), ya que los supuestos de hecho o casos que dan lugar al delito concursal son los mismos que los que se presentan en el alzamiento de bienes. De hecho, es un motivo de crítica la diferencia penológica entre ambos delitos, ya que no se alcanza a

⁶⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret*, 2009, p. 9.

percibir el *plus* de injusto del delito concursal que le haga merecedor de una mayor pena que el alzamiento de bienes⁶⁴¹. Incluso algún autor ha planteado que esta diferencia de penas entre alzamiento de bienes y delito concursal constituir una vulneración del principio de proporcionalidad⁶⁴².

Ahora bien, si se parte de que el Derecho penal debe atender al orden primario, esto es, a lo dispuesto en la LC para el caso de los delitos de insolvencia, las conductas del deudor contrarias a lo dispuesto en la LC son conductas que superan el riesgo permitido que ha establecido el orden jurídico primario extra-penal⁶⁴³. De hecho el legislador asume que determinadas conductas del deudor tienen tal gravedad que justifican la calificación del concurso de acreedores como culpable⁶⁴⁴. En tal sentido, no es extraño que el criterio de atribución para la calificación de la insolvencia culpable en la LC recaiga sobre la conducta del deudor, en concreto, en la omisión del cumplimiento de ciertos deberes respecto a la producción del resultado de insolvencia⁶⁴⁵. En el fondo, dicho proceso de atribución de responsabilidad calificando el concurso como culpable no es sino una desvaloración de la conducta del deudor por la vulneración de determinados deberes de conducta. Sin embargo, en la LC uno de los supuestos de desvaloración de la conducta del deudor y su calificación como concurso culpable consiste justamente en el hecho de alzarse con la totalidad o parte de sus bienes⁶⁴⁶.

⁶⁴¹ FEJOO SÁNCHEZ, *ADCo*, 2009, p. 36.

⁶⁴² SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO, *CPC*, 1998, p. 651.

⁶⁴³ En este sentido FEJOO SÁNCHEZ, *ADCo*, 2009, p. 65

⁶⁴⁴ GARCÍA-CRUCES, *La calificación del concurso*, 2004, p. 23.

⁶⁴⁵ GARCÍA-CRUCES, *La calificación del concurso*, 2004, p. 33

⁶⁴⁶ La Ley Concursal establece en su art. 164.2.4 que “el concurso de calificará como culpable en todo caso cuando: el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier

En este caso, se trata de una transcripción literal de una norma del Derecho penal al Derecho privado. Debido a esta situación la norma extra penal no contribuye a solucionar el problema de la delimitación entre conductas peligrosas y permitidas. Por lo tanto, deberá continuarse en el proceso de determinación del riesgo permitido pasando a otro nivel de análisis.

Continuando con el proceso de determinación del riesgo permitido, en aquellos ámbitos en que no hay reglas jurídicas establecidas o no hay reglas técnicas o reglas profesionales *deberá atenderse para la delimitación del límite del riesgo permitido al estándar de una persona prudente perteneciente al ámbito vital correspondiente*⁶⁴⁷. Por ello, se afirma que «quien se comporta dentro de los contornos de su rol no vulnera el riesgo permitido sin importar las intenciones y deseos que albergara en su fuero interno»⁶⁴⁸. En este sentido, la determinación del estándar de conducta ajustado al rol solamente podrá llevarse a cabo con referencia a la conducta correspondiente a un hombre prudente que actúa en el ámbito concreto de que se trate⁶⁴⁹. Esta afirmación resulta válida ya que a dicho estándar de conducta del hombre prudente que pertenece al ámbito vital correspondiente, le es atribuido la capacidad de reconocimiento y evitación del peligro⁶⁵⁰.

acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”.

⁶⁴⁷ Véase JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, 1996, p.126 y 127; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 2002, p. 623.

⁶⁴⁸ PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, 2005, p. 398.

⁶⁴⁹ REQUENA JULIANI, *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva*, 2010, pp. 239 y 240.

⁶⁵⁰ KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., 2008, p. 517.

Con base en lo anteriormente señalado, lo exigible al sujeto para afirmar que su conducta de disposición patrimonial se enmarca en dentro de su libertad jurídicamente garantizada será entonces la observancia del estándar idóneo y adecuado a su ámbito respectivo de actividad. Dicho modelo o estándar de comportamiento tiene la capacidad de evitar comportamientos peligrosos aptos para provocar una insolvencia jurídico-penalmente relevante. Por el contrario, la inobservancia del estándar dará lugar a conductas que se encuentran fuera del ámbito de lo permitido por el Derecho.

El recurso al estándar de comportamiento de acuerdo a las reglas de funcionamiento del sector de actividad constituye un criterio objetivo que debe tenerse en consideración para un análisis de la relevancia típica del comportamiento⁶⁵¹. Así, para la valoración de las acciones se debe llevar a cabo un análisis *ex ante* del comportamiento del deudor situándose en el lugar del *homo eiusdem professionis et condicionis* del agente con sus mismo conocimientos y capacidades⁶⁵².

Pues bien, el criterio de valoración normativa del estándar de comportamiento idóneo para la determinación de la peligrosidad de las conductas del deudor que más rendimiento puede dar en los delitos de insolvencia es el denominado criterio *de la gestión económica ordenada, debida o razonable*. Este criterio constituye una regla para la determinación de los espacios de libertad que existen entre los intereses del acreedor y del deudor, pues se trata de un juicio normativo que permite establecer de manera objetiva las actuaciones del deudor que generan un riesgo no permitido para los intereses del acreedor,

⁶⁵¹ Cfr. GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, pp. 415 y 416.

⁶⁵² Del latín *hombre de la misma profesión y en las mismas condiciones*.

distinguiendo entre aquellos comportamientos del deudor que son contrarios a una gestión ordenada, frente a aquellos comportamientos que sí se ajustan a dicha gestión⁶⁵³.

En principio, podría afirmarse que el criterio de la gestión económica ordenada o debida constituye una causa de justificación frente a la opción de exclusión de la tipicidad. Sin embargo, afirmar que se trata de conductas justificadas significaría afirmar que son de todas formas conductas típicas. Tal situación no me parece correcta, ya que tiene como consecuencia restringir excesivamente la libertad del deudor. Por el contrario, estimo que la clasificación adecuada de este criterio de la gestión ordenada es el de un criterio de concreción el riesgo permitido por lo que su ubicación en la teoría del delito es el ámbito de la tipicidad, en concreto, corresponde a una causa de exclusión de la tipicidad⁶⁵⁴.

La aplicación del criterio de la gestión económica ordenada presenta mayores ventajas y una mayor capacidad de rendimiento al superar los problemas que se encuentran en la comprensión del alzamiento de bienes según la concepción dominante. Ahora bien, debe señalarse que el criterio de la gestión económica ordenada se concreta de acuerdo a los distintos modelos de conducta del deudor. En este sentido, el criterio de la gestión económica ordenada cumple una función similar a la norma de cuidado de los delitos imprudentes⁶⁵⁵, pues determina la diligencia debida en el uso del propio patrimonio para los supuestos típicos de insolvencia punible. De acuerdo con ello, la insolvencia punible será el resultado de aquellas conductas contrarias a los principios de gestión económica debida,

⁶⁵³ Véase KRAUSE, *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko*, 1995, pp. 213 y ss.

⁶⁵⁴ En el mismo sentido NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 99.

⁶⁵⁵ KRAUSE, *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko*, 1995, p. 214.

prudente y razonable⁶⁵⁶. En otras palabras, recurrir a la infracción de la gestión económica ordenada como criterio de determinación del riesgo no permitido, conlleva adoptar en concreto una regla de valoración para la interpretación de la conducta del deudor. Con ello se determina *intersubjetivamente* si con una disposición patrimonial se produce una creación de un peligro permitido o de uno no permitido⁶⁵⁷. La ventaja de un modelo como éste reside en que aquellas motivaciones internas del autor o, en otras palabras, las intenciones del deudor, no se tienen en consideración para la determinación del riesgo permitido ni para el cuidado necesario del tráfico.

Así, por ejemplo si en un negocio que es ventajoso para el deudor, al final resultan determinadas pérdidas que generan un riesgo de insolvencia, no se podrá afirmar que dichas actuaciones corresponden a un riesgo no permitido si se han respetando los requisitos de una gestión económica ordenada. La actuación del deudor que consista en una disposición del propio patrimonio bajo los parámetros de una gestión económica ordenada no constituye una maniobra de ocultación, pues representa un ejercicio de la libertad del deudor jurídicamente garantizada. En efecto, el comportamiento del deudor se realizará dentro de un riesgo permitido siempre que la gestión de su propio patrimonio sea debida, razonable y de acuerdo a los estándares de diligencia exigibles en el sector correspondiente. Por el contrario, aquellas conductas que no respondan a actuaciones razonables o con algún sentido económico, que produzcan una disminución de la capacidad patrimonial y, por tanto, la disminución de la capacidad de cumplimiento del deudor respecto a sus acreedores,

⁶⁵⁶ KRAUSE, *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko*, 1995, p. 47.

⁶⁵⁷ KRAUSE, *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko*, 1995, p. 356.

constituyen actuaciones contrarias al principio de una gestión económica ordenada⁶⁵⁸.

Ahora bien, el haber actuado de acuerdo a una gestión económica debida o razonable implica haber tomado las medidas de cuidado adecuadas para evitar transformar un riesgo permitido en uno prohibido. Frente a actuaciones del deudor que cumplan con el criterio de la gestión económica ordenada, debida o razonable, en el sentido de tomar los cuidados necesarios, no cabría por tanto imputación jurídico-penal⁶⁵⁹.

A *contrario sensu*, si por ejemplo una empresa que está en la posición de deudora invierte todo su capital en juegos de apuestas esperando obtener el premio mayor de la lotería, cabe afirmar que tal actuación no obedece a una gestión económica debida o razonable del propio patrimonio. No puede afirmarse que dicho comportamiento de un deudor haya sido realizado con las medidas adecuadas de cuidado que mantengan el riesgo dentro de actuaciones permitidas. Efectivamente, en tal caso ningún acreedor aceptaría conformar un vínculo jurídico de carácter crediticio con un deudor que gestione su propio patrimonio mediante conductas similares porque este tipo de actuaciones irracionales contradicen directamente toda expectativa de gestión del propio patrimonio que pueda aceptarse por cualquier operador del sector jurídico-económico. Lo que viene a decir este criterio de la gestión económica ordenada es que cuando el deudor ignore los requisitos de una gestión económica razonable o debida al momento de realizar una disposición patrimonial se tratará

⁶⁵⁸ Véase KINDHÄUSER, NK, 4ª ed., 2013, «Vor §283», nm.75.

⁶⁵⁹ En este sentido PAREDES CASTAÑÓN, en QUINTERO/MORALES (coord.), *El nuevo derecho penal español*, 2001, p. 1635.

entonces de una conducta que crea riesgos no permitidos que pueden dar lugar a la responsabilidad penal⁶⁶⁰.

A través del juicio de valoración con base en el criterio de la gestión económica ordenada se podrá atribuir un sentido jurídico-penal de la conducta del deudor contrario al riesgo permitido de actuación en la conducta de disposición sobre sus propios bienes. En efecto, con ello se busca analizar desde una óptica de lógica económica si una determinada disposición patrimonial posee un *sentido propio del tráfico económico*, o si por el contrario, si posee un *sentido jurídico-penal defraudatorio*.

Para la atribución de sentido la conducta del deudor ha de concretarse el criterio de la gestión económica ordenada de acuerdo a los *modelos normativos de conducta del deudor*. Como se observó, estos modelos han sido conformados por el ordenamiento jurídico como criterios intersubjetivos aceptados por el tráfico jurídico-económico para determinar la diligencia del deudor en los distintos subsectores del sistema económico. En virtud de ello, y con base en los modelos normativos de conducta, no serán típicos aquellos comportamientos que posean un *sentido económico propio* aun cuando puedan contener un riesgo de insolvencia. En este sentido, una conducta tendrá un sentido económico si resulta idónea, adecuada y necesaria para conseguir objetivos económicos legítimos⁶⁶¹.

Por el contrario, aquellas conductas que intersubjetivamente no tengan ningún sentido económico, sino que sólo puedan comprenderse como una forma de defraudar expectativas de cobro constituirán comportamientos que vulneren el riesgo permitido, pues infringen las exigencias de la

⁶⁶⁰ KRAUSE, *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko*, 1995, p. 214; NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 109.

⁶⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *ADCo*, 2009, p. 69.

gestión económica ordenada y se corresponderán con conductas fraudulentas a las que se podrá atribuir responsabilidad en virtud del delito de alzamiento de bienes.

En efecto, el análisis intersubjetivo de la conducta del deudor debe realizarse bajo estos criterios de racionalidad económica, idoneidad y necesidad de la actuación que es objeto de (des)valoración por el Derecho penal. Si dicha conducta carece de justificación económica o racional desde la perspectiva del tráfico mercantil, no tendrá otro sentido que el de consistir en comportamientos fraudulentos del deudor.

Un ejemplo puede ilustrar las anteriores reflexiones. Una empresa X (deudor) transfiere activos patrimoniales a una empresa Z, en la cual posee participación con el fin de reflotar la situación económica de Z en el mercado. Todo ello basado en estudios técnicos de mercado que llevan a la empresa a disponer de patrimonio propio mediante una gestión racional y en búsqueda de objetivos estrictamente económicos. Sin embargo, la situación de Z no sólo no mejora, sino que acaba en la ruina por un factor imprevisto. Ello trae consigo que X disminuya su patrimonio realizable hasta generar una situación de insolvencia en perjuicio de sus acreedores.

La conducta de X no puede considerarse típica, pues si bien ha consistido en una disposición de su patrimonio que le ha causado la insolvencia, el comportamiento de X ha sido realizado bajo un criterio de una gestión económica ordenada y razonable que buscaba fines económicos lícitos y por tanto tolerados. El único significado que emana de la actuación de X es uno con sentido económico y no uno fraudulento. La insolvencia que se produjo como producto de las disposiciones patrimoniales de X obedece a riesgos propios del tráfico económico. El cumplimiento de los deberes de conducta propios del ámbito de actividad del deudor sumado a un sentido

económico de su acción son herramientas analíticas suficientes para descartar la imputación objetiva.

Cabe señalar que el objetivo de la determinación de los límites de lo permitido para el deudor no consiste en una pretensión de que el deudor inmovilice su patrimonio a fin de evitar cualquier lesión a sus acreedores. El ordenamiento jurídico no garantiza al acreedor que su deudor inmovilizará su patrimonio para evitar riesgos⁶⁶². Ello sería disfuncional para el sector del tráfico económico y en definitiva para la misma sociedad, aparte de negar la libertad mínima que le reconoce el Derecho al deudor. Por el contrario, y debido a la importancia y a las ventajas que trae el tráfico jurídico-económico, la permisión del uso del propio patrimonio debe estar sometida al cumplimiento de estos deberes de gestión para armonizar tanto la libertad del deudor como la del acreedor.

Otro ejemplo que pone de manifiesto el rendimiento del criterio de la gestión económica ordenada es el caso del deudor que destruye parte de su patrimonio. La destrucción del propio patrimonio es un acto contrario a los deberes mínimos de conducta y diligencia que existe para cualquier persona que se encuentra en la posición de deudor. Ello, tanto bajo el modelo de conducta básico de organización del deudor, esto es, el modelo del «buen padre de familia», como bajo el modelo del «ordenado comerciante». La destrucción de bienes que deje al deudor en una situación de imposibilidad de responder constituye no sólo una infracción del deber de gestión económica debida y razonable del propio patrimonio, sino que constituye una acción que no tiene otra explicación intersubjetiva más que la de causar un perjuicio en el acreedor. En otras palabras, infringir el deber negativo que recae en el deudor.

⁶⁶² BOIX/ANARTE, en BOIX REIG (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, 2012, p. 322.

El hecho de que el cumplimiento de determinados deberes de conducta exima de responsabilidad por las consecuencias de las disposiciones patrimoniales queda de manifiesto en los casos de donación de bienes. La norma del art. 643 del CC afirma que la donación de una cosa a favor de otra persona se presumirá hecha en fraude de acreedores cuando al hacerla el donante *no se haya reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella*. Aquí la gestión económica debida o razonable del propio patrimonio pasa por realizar las donaciones siempre y cuando se mantengan bienes suficientes para responder ante los acreedores.

Para que exista responsabilidad del deudor por donación de bienes es necesario que por el hecho de la donación que realiza el deudor el acreedor no encuentre donde satisfacer su derecho de crédito⁶⁶³. Ahora bien, de acuerdo al criterio de la gestión económica debida o razonable la donación tendrá un sentido fraudulento si no se cumple con la norma de conducta que exige la reserva de bienes suficientes para responder de las obligaciones anteriores a la fecha de la realización del acto de donación.

Así, frente al conflicto que supone el ejercicio de la libertad de organización de un deudor, que incluye su libertad de realizar donaciones, y el derecho de crédito del acreedor por otra parte que colisiona con la libertad del deudor, la afirmación de qué es lo permitido y qué no lo es pasa por el cumplimiento de la norma de conducta que exige el mantenimiento de bienes suficientes para responder de las deudas que se tengan.

⁶⁶³ BOTANA GARCÍA, «La donación en fraude de acreedores», AC, 2005, p. 2.

II. LA CONCRECIÓN DEL ESTÁNDAR NORMATIVO DE CONDUCTA DEL DEUDOR

En la sociedad moderna se llevan a cabo una serie de comportamientos peligrosos para bienes jurídicos que, dada la utilidad de tales conductas, son permitidos mediante un proceso de ponderación de intereses entre la valoración de la libertad de organizar o llevar a cabo acciones peligrosas y el riesgo de lesión que crean. De acuerdo con ello se sostiene que cuanto menor sea el riesgo y mayor la utilidad de una acción, tanto más será valorada la acción como permitida⁶⁶⁴.

Se ha señalado anteriormente que en el proceso de determinación del riesgo permitido en aquellos ámbitos donde no existen normas jurídicas o reglas para delimitar las conductas peligrosas se deberá observar el estándar de una persona prudente que pertenezca al ámbito correspondiente⁶⁶⁵. Ahora bien, el criterio de la gestión económica ordenada del deudor será llenado de contenido material por los propios usos del tráfico jurídico⁶⁶⁶. De forma más concreta, ello se hará a través de la utilización de los modelos normativos de conducta del deudor, los cuales determinarán el estándar de comportamiento o diligencia exigible en un concreto sector del tráfico. Como se señaló, mediante estos modelos podemos delimitar qué es lo exigible y qué no a un sujeto que actúa bajo el rol de deudor en el ámbito económico o fuera de él. La justificación de ello se encuentra en que a estos estándares de comportamiento se les ha atribuido la capacidad de evitación del peligro por el propio sistema jurídico.

⁶⁶⁴ FRISTER, *Derecho penal. Parte general*, 2011, p. 201.

⁶⁶⁵ JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, 1996, p. 126; WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, 2004, p. 113; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 2002, p. 623.

⁶⁶⁶ En el mismo sentido NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 43.

Como se observó en el capítulo correspondiente a la configuración normativa del deudor en el Derecho, los modelos normativos pueden dividirse en dos grandes categorías para los fines que aquí se persiguen. Por un lado se encuentra el modelo del buen padre de familia y por otro el modelo del ordenado comerciante o empresario. Si bien ambos modelos son útiles y aportan un aspecto importante en la tarea de esclarecer los deberes de conducta, lo hacen, en principio, desde una posición igualmente abstracta.

En este sentido, llevar a cabo concreción del estándar de conducta del deudor de acuerdo a cada uno de los múltiples sectores económicos resultaría una tarea casuística casi imposible. Ello, debido a que cada subsector del tráfico jurídico-económico puede contar con reglas propias que exijan la adopción de determinadas medidas apropiadas para controlar el riesgo que supone la adopción de una conducta de disposición patrimonial. En otras palabras, en cada subsector del tráfico pueden variar los contornos de lo razonable y exigible para una gestión económica ordenada, debida o razonable.

Nótese que dentro del tráfico jurídico económico existe una variedad de estándares en cada uno de los diversos subsectores. Así el estándar de cuidado del deudor que opera en el sector bancario puede resultar diferente al estándar que se exige en el sector de transporte, del sector bursátil, de sector de las comunicaciones, de maquinarias, etc. Sin embargo, en la búsqueda del estándar de diligencia del deudor que se dedica al comercio, el ordenado comerciante, siempre se retorna a un mismo punto de partida. Tal denominador común para el ordenado comerciante está *constituido por los estándares de diligencia que existan en el subsistema jurídico del derecho de sociedades*. De este modo, cuando hablamos del modelo del deudor del ordenado empresario, en

cualquier sector del tráfico económico en concreto al que se haga mención, se puede observar que el deudor opera generalmente bajo la estructura jurídica de una sociedad mercantil, ya sea anónima, limitada, comanditaria, etc. De acuerdo con ésta realidad, el estándar de diligencia de un deudor constituido como sociedad será aquel que se exige a una sociedad mercantil de acuerdo al ámbito concreto en el cual se desenvuelve. Por el contrario, para determinar el estándar de conducta del deudor no empresario se debe recurrir al modelo del «buen padre de familia» que opera en el Derecho civil.

A fin de presentar una sistematización en la determinación del estándar concreto de diligencia del deudor se puede diferenciar en primer lugar aquel referido al deudor no comerciante y en segundo al deudor que actúa como un empresario bajo la estructura jurídica de una sociedad mercantil.

1. El estándar de conducta del buen padre de familia

Como se observó en el capítulo correspondiente, el estándar de conducta del buen padre de familia consiste en el estándar de diligencia del deudor que no se dedica de manera profesional al comercio, sino que actúa en su ámbito particular fuera del ámbito empresarial. Se trata de una posición del deudor cuyo comportamiento económico en la gestión de su patrimonio no está mayormente regulado y sobre la que hasta ahora ni la jurisprudencia ni la doctrina habían elaborado mayores requisitos⁶⁶⁷.

Sin embargo, lo que parece estar más o menos claro es que para aquel deudor que no ocupa una posición en un sector específico del tráfico jurídico económico se exigen menores estándares de diligencia que para

⁶⁶⁷ RINJES, en MOMSEN/GRÜTZNER (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2013, p. 867; TIEDEMANN, *Konkurs-Strafrecht*, 1985, p. 46.

aquel que sí se encuentra tal posición⁶⁶⁸. Puede afirmarse bajo la premisa del *neminem laedere* que el deudor que ocupa esta posición puede ejercer su libertad de organización respecto a su propio patrimonio asegurando que las actuaciones sobre sus bienes no disminuyan su garantía patrimonial. Por ejemplo, es claro que puede hacer modificaciones transformando sus bienes en dinero o viceversa, siempre que estos comportamientos no signifiquen una alteración de su garantía patrimonial que amenace el derecho de crédito de sus acreedores. Así, por ejemplo, la venta de un inmueble a un precio irrisorio que consiste justamente en un cambio de sustancia de su patrimonio, ha de ser explicada como una forma de defraudar la expectativa de cobro del acreedor cuando el patrimonio de ese deudor estaba integrado principalmente por el inmueble.

También constituyen una infracción del estándar de diligencia de este modelo de conducta aquellos casos en que el deudor corre un riesgo patrimonial de insolvencia cuando dispone de su patrimonio y «se juega todo a una sola carta». Aun cuando se pudieran plantear ciertas dudas en cuanto apreciar una gestión económica contraria a los principios básicos como en el caso anterior⁶⁶⁹, me parece que la esencia de la actuación del buen padre de familia es evitar estas situaciones que arriesguen la totalidad o parte significativa de su patrimonio en actuaciones de riesgo incierto. En este sentido se podía interpretar la norma del art. 523.2 CP de 1973 cuando calificaba a la quiebra del deudor de quiebra culpable por «haber sufrido en cualquier clase de juego pérdidas que excedieran de lo

⁶⁶⁸ En el mismo sentido RINJES, en MOMSEN/GRÜTZNER (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2013, p. 867

⁶⁶⁹ Así RINJES, en MOMSEN/GRÜTZNER (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2013, p. 867.

por vía de recreo aventurase, en un entretenimiento de esta clase, un prudente padre de familia».

Otro caso que ilustra el estándar del deudor bajo el modelo del «buen padre de familia» es aquel que dice relación con el deudor que realiza un cambio en el régimen económico matrimonial. Se trata de un acto jurídico en que existe disposición sobre los bienes del deudor que se encuentra en una posición jurídica de quien no se dedica al comercio.

En numerosos casos la jurisprudencia ha declarado que un cambio en el régimen económico matrimonial constituye una maniobra de ocultación de bienes cuando uno de los cónyuges se encuentra en una posición de deudor. Los Tribunales de Justicia aprecian la existencia de un ánimo de perjudicar a los acreedores cuando un deudor modifica su régimen desde una sociedad de gananciales a un régimen de separación de bienes, pues entienden que en este caso hay una ocultación del patrimonio del cónyuge deudor que traslada sus bienes a un tercero (su cónyuge)⁶⁷⁰.

Ahora bien, afirmar la existencia de responsabilidad penal por alzamiento de bienes por el mero acto de modificar el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales a separación de bienes colisiona con la norma del Derecho civil que permite a los cónyuges estipular el régimen que deseen. Aquí se refleja claramente el conflicto entre el ejercicio de la libertad del deudor de organizar su propia esfera con las expectativas de cobro del acreedor. La solución a este aparente problema viene dada por el cumplimiento del estándar de diligencia exigible al deudor al momento de realizar el acto de modificación de su régimen

⁶⁷⁰ Véase STS núm. 286/2010 de 6 de abril (RJ 2010\4852); STS núm. 517/2006 de 4 de mayo (RJ 2006\9596); STS núm. 165/2004 de 10 de febrero (RJ 2004\1618).

económico matrimonial, esto es, al momento de realizar la “aparente” conducta típica de ocultación disposición de bienes.

En concreto, se trata de observar si el deudor en el proceso del cambio de régimen económico llevó a cabo el cumplimiento de las normas de cuidado para resguardar los intereses de sus acreedores. Al respecto, las normas de cuidado que protegen al acreedor y permiten al deudor realizar este cambio de régimen económico en el marco de una actividad de riesgo permitido son aquellas que componen la denominada *fase de liquidación de la sociedad de gananciales*. Se trata de un proceso de liquidación de la sociedad de gananciales que está orientado justamente a proteger los derechos de los acreedores del deudor que modifica su régimen matrimonial. De acuerdo con esto, el deber de conducta del deudor será adoptar la diligencia que en esta caso está establecida normativamente en el Código Civil a través de la realización de la *fase de liquidación de la sociedad* de acuerdo al art. 1396 y siguientes de CC. A través del cumplimiento de estas normas se permite que los acreedores puedan pagarse y proteger sus derechos de crédito, evitando así que el cambio de régimen económico matrimonial les perjudique.

Si el deudor no realiza esta fase de liquidación de acuerdo a las normas del CC estará infringiendo su deber de conducta y dicho comportamiento es ya digno de reproche⁶⁷¹. En otras palabras, el *sentido jurídico-económico* de la conducta del deudor de traspaso de su patrimonio a través del cambio del régimen económico matrimonial es uno que se explica únicamente bajo la óptica de la defraudación de expectativas de cobro. Por el contrario, el ejercicio de la libertad del deudor cumpliendo con la gestión económica ordenada del patrimonio a través de la

⁶⁷¹ Así PAREDES CASTAÑÓN, en QUINTERO/MORALES (coord.), *El nuevo derecho penal Español*, 2011, p. 1661.

realización de esta fase de liquidación constituye un ejercicio de la libertad jurídicamente garantizado o permitido, no dando lugar por lo tanto a una responsabilidad penal por alzamiento de bienes.

2. El estándar de conducta del ordenado empresario

La doctrina está de acuerdo en que el modelo de conducta del ordenado empresario es un modelo general y que la valoración de su cumplimiento va a depender de las circunstancias propias de la sociedad y de la actividad específica en que ésta desarrolla su actividad⁶⁷². Se sostiene que el ordenado empresario es aquel que realiza sus actividades con previsión y evaluando las incidencias de su actividad, analizando los riesgos y asumiendo sólo aquellos que no pongan en peligro la solvencia de su empresa como lo sería efectuar negocios aventurados⁶⁷³.

En general, puede afirmarse que, de acuerdo a la opinión de la doctrina mercantilista, el deber de diligencia del ordenado empresario se vulnera mediante la realización de operaciones alejadas de los precios de mercado, o en casos de inversión de capital de la empresa en operaciones sumamente arriesgadas o especulativas de alto riesgo o *en aquellos casos en que no se reclama el importe de los créditos de la sociedad*⁶⁷⁴.

Sin embargo, el concepto de ordenado empresario sigue siendo un concepto abstracto ¿Qué es o cómo se comporta un ordenado empresario? Como se ha señalado, la respuesta a esta pregunta vendrá dada por la observancia de las reglas de cada uno de los subsectores del tráfico

⁶⁷² SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., 2007, p. 182.

⁶⁷³ GARRIGUES/URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3 ed., t II, 1976, pp. 159 y 161.

⁶⁷⁴ Véase SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., 2007, p. 185.

jurídico concreto. No obstante, algo hay inherente a todo ordenado empresario y que es el hecho de que éste actúa en el mundo jurídico-económico bajo la estructura de una sociedad, ya sea una sociedad formalmente constituida o una no establecida legalmente, pues en ambos casos funciona materialmente como una sociedad. Esto último, es aquello que sucede con el empresario individual que opera con su propio patrimonio en el tráfico económico sin haber constituido una sociedad, pero que, de todos modos, se desenvuelve bajo los mismos parámetros de conducta de un deudor individual que sí desarrolla su actividad bajo el revestimiento de la persona jurídica de su empresa.

A continuación, se podrán observar algunos casos concretos de situaciones en que el deudor estando constituido como sociedad posee determinados y concretos deberes de conducta que debe seguir para poder sostener que sus actuaciones se enmarcan dentro de un riesgo permitido aun cuando creen un riesgo de insolvencia patrimonial.

a) El deudor como sociedad de capital.

Un estándar específico que existe en el tráfico jurídico al que hace referencia la práctica del Derecho de sociedades es la observancia de las cuentas anuales de otra sociedad a la que se le va a otorgar un crédito. Las cuentas anuales contienen la información de una sociedad y reflejan su situación económica por lo que constituyen una “radiografía” de la sociedad. De este modo, si una empresa A desea invertir en otra empresa B disponiendo para ello de una importante suma de su propio patrimonio, se debe revisar el estado en que se encuentra la sociedad en que se va a invertir o a la que va a prestar una importante cantidad de capital propio. Para ello, la revisión de las cuentas anuales como forma de analizar la

solvencia de quien se convertirá en deudor constituye en estas operaciones un estándar mínimo de conducta.

Las cuentas anuales tienen significativa importancia por el hecho de que en ellas aparece si, por ejemplo, la sociedad se encuentra en concurso de acreedores. Así, si la empresa A concede un crédito a la empresa B que se encuentra en concurso y A no se ha percatado de dicha situación por no haber observado las cuentas anuales, se puede afirmar que ha realizado una operación que infringe un deber de conducta. Ahora bien, esto último tendrá relevancia si finalmente se genera un riesgo que acaba materializándose en una insolvencia de B que redunde en un riesgo de insolvencia para la empresa A respecto de los acreedores de ésta última. La insolvencia relevante a efectos penales en el caso anterior será la que se produzca por la empresa A, pues es el comportamiento de ésta que, contrariando sus deberes de conducta, generó una situación de disminución de su capacidad patrimonial dando lugar a una imposibilidad de responder frente a sus propios acreedores.

b) El deudor ante la Ley de modificación estructural de la sociedad mercantil.

Una situación paradigmática entre la disposición patrimonial y el delito de alzamiento de bienes es aquella que guarda relación con los casos de modificación estructural de las sociedades mercantiles. La Ley 3/2009 de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (LME) señala en su preámbulo que las modificaciones estructurales «*son aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global del activo y pasivo y, en sentido*

amplio, el traslado internacional del domicilio social». Estas operaciones de modificación estructural de sociedades tienen particular interés para el acreedor por el hecho de que algunas de estas operaciones, como la escisión de la sociedad deudora, conllevan alteraciones patrimoniales que afectan directamente a la garantía de los créditos de los acreedores⁶⁷⁵.

De las diversas formas de modificación estructural, la operación que requiere de atención en el estudio del delito de alzamiento de bienes es la escisión de la sociedad. La escisión de una sociedad consiste en la división de su patrimonio social en dos o más partes, traspasando todo o parte de él a otras sociedades pre-existentes o nuevas que se crean a tal efecto⁶⁷⁶.

A diferencia de otras operaciones, la escisión de la sociedad repercute directamente en el patrimonio social, teniendo consecuencias directas para el derecho de crédito del acreedor de la sociedad que se divide. Por ejemplo, en los casos de escisión total de una sociedad el peligro para los acreedores deriva de la posibilidad de que el nuevo deudor no tenga capacidad económica suficiente para satisfacer íntegramente sus derechos de crédito⁶⁷⁷.

Efectivamente, esta operación de escisión de una sociedad deudora puede afectar a su patrimonio y por ende al de sus acreedores con quienes posee la relación crediticia. Sin embargo, las conductas de modificación estructural no pueden ser vistas *sin un mayor análisis jurídico* como

⁶⁷⁵ Véase QUIJANO GONZÁLEZ/ESTEBAN RAMOS, «Tutela de los acreedores: la responsabilidad de las sociedades que participan en la escisión», en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al* (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2009, p. 591.

⁶⁷⁶ CERDÁ ALBERO, *Escisión de la sociedad anónima*, 1993, p. 29.

⁶⁷⁷ ESTEBAN RAMOS, «La responsabilidad de las sociedades participantes en la escisión como instrumento de tutela a los acreedores sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, 22, 2004, p. 163.

operaciones de ocultación de bienes y ser calificadas de delito de alzamiento de bienes. Lo que se debe determinar es el cumplimiento de la gestión económica debida y con ello comprobar el *sentido de la conducta* de la sociedad que lleva a cabo la modificación estructural. En otras palabras, se debe comprobar si la escisión constituye una estrategia económica que se realiza dando cumplimiento a los deberes de conducta o si, por el contrario, estas actuaciones son, desde una valoración intersubjetiva, entendidas únicamente como una forma de sustraer el patrimonio del alcance de los acreedores para defraudar las expectativas de cobro.

En principio, podría señalarse que la escisión constituye una forma de ocultación del patrimonio con el respectivo perjuicio del acreedor ya que en última instancia el patrimonio de la sociedad deudora se divide sustrayendo los bienes de la ésta última a otra sociedad. Ello corresponde, con base en la opinión dominante, al paradigmático caso de ocultación jurídica de bienes.

Efectivamente, tal situación menoscaba la garantía patrimonial de la sociedad deudora al observarse que su patrimonio se traslada a otra dejando al derecho de crédito sin sustento material alguno. Sin embargo, en estos casos de modificación de la sociedad, al igual que en los casos de modificación económica del régimen matrimonial, nos encontramos con la misma estructura de riesgo permitido condicionado. Estamos frente a actuaciones que exigen el cumplimiento de determinados deberes de conducta por el sujeto para afirmar que se trata del ejercicio de la libertad del deudor jurídicamente garantizada por el Derecho.

Efectivamente, el cumplimiento de estos deberes de conducta permite afirmar que las actuaciones del deudor constituyen una organización de su libertad dentro de un ámbito de riesgo permitido y que no darán lugar a

hechos típicos. En el caso de las modificaciones estructurales de la sociedad el deber de conducta que le permite a la sociedad deudora actuar bajo un riesgo jurídico penal permitido y no cometer alzamiento de bienes lo constituye el cumplimiento de los *deberes de información* que tiene respecto a su acreedor para que en virtud de ellos pueda éste último ejercer el *derecho de oposición* de la modificación estructural de la sociedad que se divide.

La LME en su art. 32 establece el deber de los administradores de la sociedad que se escinde de presentar un ejemplar del proyecto de escisión para su depósito en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en la escisión⁶⁷⁸. Debiendo también publicarse inmediatamente en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) para su público conocimiento.

En una segunda etapa denominada de ejecución de la escisión y una vez adoptado el acuerdo de escisión por la sociedad éste se publicará en el BORME (Boletín oficial del Registro Mercantil) y en uno de los Diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En este anuncio se hará constar el derecho que asiste a los acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo de escisión adoptado y del balance de la escisión, así como *el derecho de oposición que corresponda a los acreedores*. El cumplimiento del deber de información del deudor para con sus acreedores puede realizarse también mediante la comunicación individual por escrito a todos los acreedores mediante un procedimiento que asegure la recepción del proyecto de escisión. En tal caso, si se opta por la comunicación individual no será

⁶⁷⁸ En lo respectivo a la adopción del acuerdo como a la publicidad de proyecto de escisión, le resultan aplicables a la escisión las normas de la fusión de sociedades de la propia LME.

necesaria la publicación del proyecto en el BORME ni en el Diario de circulación de las provincias respectivas. Todo este procedimiento señalado para la fusión y regulado en el art. 42 de la LME cabe aplicarse a la escisión a falta de reglas propias esta última operación.

Respecto al contenido del proyecto de escisión de la sociedad es de vital importancia lo dispuesto en el art. 74 de la LME. En esta norma se establece el deber de que el proyecto establezca la designación y, en su caso, *el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias*. Ello representa justamente la materialización de la protección de los acreedores. Obviamente, el depósito en los registros anteriormente señalados constituye el presupuesto habilitante para el acceso de cualquier interesado a la información contenida en el proyecto, lo que sin duda alcanza a los acreedores de la sociedad como principales interesados⁶⁷⁹.

Una vez cumplido el deber de información del deudor, la protección de los acreedores viene establecida por el *derecho de oposición* que poseen. Este derecho de oposición del acreedor tiene eficacia luego de publicado y comunicado el acuerdo de escisión, pero antes de que se lleve a efecto finalmente la modificación de la sociedad que se escinde. De esta forma la escisión no podrá ser realizada antes que transcurra un mes contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la escisión. En caso de que se hubiese notificado personalmente ello será a contar desde el envío de la comunicación al último de los acreedores.

⁶⁷⁹ Véase QUIJANO GONZÁLEZ/ESTEBAN RAMOS, en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al* (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2009, p. 593.

En virtud del derecho de oposición que poseen los acreedores, la escisión de la sociedad deudora no podrá llevarse a cabo hasta que al acreedor o *acreedores obtengan la adecuada garantía de su crédito*⁶⁸⁰. Efectivamente, dentro de ese plazo de un mes los acreedores podrán oponerse a la escisión hasta que se les garanticen sus créditos. Así lo dispone expresamente por lo demás el art. 44 de la LME (aplicable a la fusión y a la escisión de sociedades) que establece el derecho de oposición frente a la modificación estructural de la sociedad. Lo mismo cabe señalar del mecanismo de impugnación que hace valer el derecho de oposición del acreedor regulado en el art. 47 de la LME para la fusión de la sociedad pero aplicable también a la escisión.

Como puede observarse, en el caso de la modificación estructural de una sociedad la determinación del deber de conducta del deudor viene establecida en la propia Ley. En ella se estipula tanto el deber de información como el procedimiento mediante el cual el acreedor protege su derecho de crédito. Ahora bien, una vez cumplido el deber del deudor de acuerdo a la Ley, si el acreedor no ejerce en el tiempo de que dispone su oposición a la modificación estructural no puede afirmarse una actuación que infrinja la gestión económica ordenada, debida o razonable de su patrimonio por parte del deudor. Por el contrario, al dar cumplimiento a este criterio normativo de determinación de las actuaciones permitidas sobre la propia esfera patrimonial se lleva a cabo un ejercicio de la libertad de organización del deudor amparada jurídicamente por el ordenamiento.

El no ejercicio del derecho de oposición correspondería a un caso de infracción de deberes de autoprotección del acreedor que excluiría la

⁶⁸⁰ CERDÁ ALBERO, *Escisión de la sociedad anónima*, 1993, p. 325.

responsabilidad del deudor como autor de alzamiento de bienes. En efecto, la omisión del acreedor de oponerse a la escisión es el abandono de una de aquellas medidas mínimas, razonables y exigibles a la potencial víctima de alzamiento de bienes para que evite la lesión de sus propios intereses⁶⁸¹. La no oposición por mera voluntad (¡incluso por capricho!), no puede limitar la libertad de organización del deudor impidiendo con ello una modificación estructural de la sociedad. Bajo tal estructura cobra pleno sentido la armónica configuración de deberes de conducta del deudor que le permiten actuar bajo una libertad jurídicamente garantizada y deberes de autoprotección del acreedor que le exigen una mínima medida de actuación reactiva en pos de sus intereses.

c) El deudor inversor

Por inversor debe entenderse aquel usuario o consumidor final de productor financieros tal como lo define la Ley 26/1984 de 19 de julio de Consumidores y Usuarios⁶⁸². Con el objeto de mejorar la transparencia de los mercados y otorgar mayor protección al inversor el ordenamiento jurídico ha traspuesto algunas Directivas de la Unión Europea al Derecho interno⁶⁸³. Así por ejemplo, a través de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre

⁶⁸¹ Respecto a las medidas de autoprotección en la victimodogmática véase SILVA SÁNCHEZ, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática», en DE LA CUESTA/DENDALUZE/ECHBURÚA (comp.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. LH al profesor Antonio Beristain*, 1989, pp. 642 y ss.

⁶⁸² El artículo 1.2 de dicha Ley señala que «a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden».

⁶⁸³ Cabe destacar la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de Instrumentos Financieros (MIFID), la Directiva 2003/6/CE del Parlamento

se modifica la Ley 24/1998 de 28 de julio del Mercado de Valores incorporándose al Derecho español las directivas europeas relativas a la inversión en mercados de instrumentos financieros.

Mediante este proceso la Ley 24/1998 de 28 de julio de Mercado de Valores pasa a contener en sus artículos 79 y siguientes un conjunto de normas de conductas aplicables a quienes presten servicios de inversión. En concreto, se establecen determinadas obligaciones entre las cuales se encuentra el deber de proporcionar de manera comprensible información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes; y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita a los inversores *comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión* y el tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de los riesgos que ellas conllevan.

La información que se entrega al inversor deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. Deberán efectuarse en particular aquellas advertencias que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad. De acuerdo con ello, cuando el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo se exigirá un documento contractual que junto a la firma del cliente (el inversor), incluya una expresión manuscrita por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta

Europeo y del Consejo, Directiva 2003/6/CE, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

conveniente. Ello puede deberse, por ejemplo, a la falta de conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado.

El fin de estos derechos y deberes de información que regulan la relación entre inversores y empresas que prestan servicios de inversión es otorgar al cliente (inversor-deudor) un *conocimiento claro del riesgo que se asume con la inversión en instrumentos financieros* como son los contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados por ejemplo con variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión o tipos de inflación u otras estadísticas económicas oficiales⁶⁸⁴.

De hecho, la doctrina señala que dentro de los deberes que componen el concepto de «ordenado comerciante» está el *deber de informarse* «antes de concertar cualquier negocio o antes de adoptar cualquier decisión con efectos económicos o de cualquier otro tipo sobre la actividad empresarial»⁶⁸⁵. En este sentido, la protección al deudor-inversor representa no solo un derecho de éste, sino que, bajo el modelo normativo del ordenado comerciante, el seguimiento de las advertencias constituye uno de sus deberes, ya que debe afirmarse que el ordenado empresario actúa prudentemente en el tráfico jurídico-económico y no arriesga su capital en negocios aventurados. La advertencia del riesgo que proporciona la empresa que presta el servicio de inversión al deudor-

⁶⁸⁴ Véase con más detalle CRESPO RODRÍGUEZ, «Normas de conducta, protección del inversor e integridad de los mercados», en URÍA (coord.), *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, 2007, pp. 238 y ss.

⁶⁸⁵ FARRÁN FARRIOL, *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, 2004, p. 33.

inversor, le facilita la identificación del peligro que existe al invertir en un instrumento financiero complejo y de alta probabilidad de pérdida. El cumplimiento del deber de cuidado frente a la posible realización de un comportamiento jurídico-penalmente relevante, consiste en comportarse conforme a esta norma de cuidado previamente advertida.

A través de la información que recibe, el deudor-inversor identifica cual es la norma de cuidado en concreto y por tanto cómo ha de comportarse en dicha situación peligrosa. Al respecto, y como se ha señalado por la doctrina, el deber de cuidado manda evitar o emprender en cualquier acción la puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos que vaya más allá de la medida normal o de lo socialmente adecuado⁶⁸⁶. En este caso se trata de la creación de un riesgo cuando se llevan a cabo importantes inversiones con el propio patrimonio que pudieran dar lugar a una situación de imposibilidad de responder frente a las expectativas de cobro de los acreedores. Por ello, los sectores de inversión en que existe un alto riesgo de pérdida (como lo son la inversión en mercados calificados de alto riesgo) el ordenado comerciante debe actuar de una manera prudente cumpliendo con la advertencia de la norma de cuidado. En otras palabras, entra aquí en juego el principio de la gestión económica ordenada del patrimonio. En efecto, el cumplimiento de las advertencias frente al riesgo no es sino el cumplimiento de la gestión económica debida del propio patrimonio que, en este caso en concreto, pasa por tomar en consideración las advertencias que le son efectuadas por terceros y realizar las actuaciones y disposiciones sobre su patrimonio de acuerdo a ellas.

⁶⁸⁶ Véase SCHAFFSTEIN, «Disvalor de acción, disvalor de resultado y justificación en los delitos imprudentes», en SANCINETTI (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, 2009, p. 219.

III. CASOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER DE CONDUCTA DEL DEUDOR

Una vez concretado el estándar normativo de conducta del deudor en los dos grandes grupos que se detalló, es posible referirse a ciertos «casos claros» en que se infringe el deber de conducta por todo deudor por vulnerar las reglas más mínimas de una gestión económica ordenada del patrimonio.

En estos casos que a continuación se analizan cabe por lo demás afirmar que no poseen ningún sentido económico más que el de defraudar expectativas de cobro. Esto ocurre por ejemplo cuando el deudor (piénsese en una empresa) concede créditos o mercancías a crédito a empresas desconocidas sin previa comprobación de su situación de solvencia y/o sin garantías suficientes que provocan la insolvencia de la empresa deudora. Ello constituye generalmente un riesgo insostenible y, por consiguiente, antijurídico⁶⁸⁷.

Ahora bien, cabe apuntar brevemente que, para la evitación de este tipo de riesgos, esto es, para el cumplimiento de los deberes de conducta del deudor en relación a la insolvencia se puede recurrir a los programas de cumplimiento que contienen ciertos protocolos para determinar en qué casos una inversión puede generar un determinado riesgo de insolvencia. Al respecto puede mencionarse la utilidad de los protocolos KYC (*know your customer*/conoce a tu cliente) como instrumento idóneo para garantizar el debido retorno de las inversiones en terceros o como forma de comprobar *ex ante* la debida capacidad de pago futura del deudor. En efecto, se ha señalado que tales protocolos pueden operar como formas de cumplir el deber de vigilancia respecto de las relaciones entre una empresa y sus contrapartes negociales en aquellos ámbitos referidos al

⁶⁸⁷ Así TIEDEMANN, *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, 2010, p. 411.

deber de evitación de delitos de blanqueo de capitales o de corrupción⁶⁸⁸. En nuestro caso, se trata de la aplicación de los *compliance program* con sus respectivos protocolos o códigos de conducta en relación a delitos de alzamiento de bienes u otras formas de insolvencias punibles⁶⁸⁹.

A continuación, y sin ánimo de elaborar un listado a modo de *numerus clausus*, se plantean algunas conductas paradigmáticas de infracción del deber de conducta de todo deudor, tanto del modelo del buen padre de familia como del modelo del ordenado comerciante. Ahora bien, debido a la actual configuración de los delitos de alzamiento de bienes en el CP resulta imposible la elaboración de un catálogo cerrado de situaciones típicas. No obstante, no debe rechazarse la idea de que de *lege ferenda* pueda modificarse la estructura de los tipos de insolvencia adoptando por ejemplo un sistema como el del Derecho penal alemán en que se recogen una serie de hechos de bancarrota (§ 283 StGB) pero con una cláusula general que funciona como puerta de cierre de todas aquellas conductas no descritas en el tipo⁶⁹⁰. Todo ello a fin de mejorar el déficit de taxatividad que presenta tanto el tipo básico de alzamiento de bienes, así como los demás tipos penales que dicen relación con la producción de una insolvencia.

⁶⁸⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en KUHLEN et al (ed.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 2013, p. 98.

⁶⁸⁹ Acerca de los códigos de conducta en el derecho penal económico véase NAVAS MONDACA, «Los códigos de conducta y el derecho penal económico», en SILVA SÁNCHEZ (dir)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, 2013, pp. 111 y ss.

⁶⁹⁰ Similar a lo señalado en el § 283.1. (6) del StGB.

1. Ventas sin retorno. Negocios simulados

Un caso por antonomasia del alzamiento de bienes es el supuesto del deudor que frente a la imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones enajena su patrimonio realizable sin que la contraprestación de dichas operaciones ingrese en su patrimonio. Se trata de aquellos casos de transferencia de bienes sin la correspondiente contrapartida económica por la venta o transferencia⁶⁹¹. Este tipo de conductas constituyen un claro ejemplo de defraudación normativa de las expectativas de cobro de los acreedores. Infringe un deber mínimo exigible a todo deudor, pues socialmente ningún acreedor espera de su deudor que, ante la existencia de una situación de incumplimiento, realice una transferencia de bienes sin recibir por ello la debida y normal contraprestación económica. Como he señalado, no se trata de que el deudor inmovilice su patrimonio, sino del hecho de que en caso de salida de bienes de su patrimonio se reciba la correspondiente contraprestación económica que evite el riesgo de insolvencia.

No obstante lo que se acaba de señalar, puede suceder que en determinadas ocasiones la existencia de un negocio jurídico simulado que no conlleve la contraprestación económica correspondiente sea parte de una operación económica aun mayor que busque mejorar la situación patrimonial del deudor. Así por ejemplo, se realiza un negocio simulado con una sociedad para que esta tome el control de la primera y lleve a cabo un lucrativo negocio beneficioso para ambas sociedades⁶⁹². Si bajo una perspectiva económica racional dicha simulación tenía reales posibilidades de éxito y beneficio para el deudor es posible descartar la

⁶⁹¹ RINJES, en MOMSEN/GRÜTZNER (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2013, p. 879.

⁶⁹² PAREDES CASTAÑÓN, en QUINTERO/MORALES (coord.), *El nuevo derecho penal español*, 2001, p. 1653.

existencia de una conducta típica de alzamiento de bienes por más que la conducta resulte gramaticalmente subsumible en el tipo⁶⁹³.

2. Conductas irracionales

Contrarias a una gestión económica ordenada son también aquellas actuaciones del deudor que intersubjetivamente puedan ser calificadas como ilógicas o irracionales desde un punto de vista de lógica económica. En casos de conductas irracionales que generan un riesgo de insolvencia patrimonial, no puede argumentarse por el deudor que no se quería producir un resultado de insolvencia y que, por el contrario, se tenía la esperanza o fe en que la operación económica fuera rentable. Si esa confianza se basaba en criterios especulativos, ilógicos o incluso supersticiosos entonces la actuación debe ser objeto de reproche.

Un ejemplo es el del deudor que se encuentra en una situación financiera delicada y se juega todo su capital en juegos de azar o en juegos de lotería con la esperanza de obtener un premio mayor y mejorar su situación económica. Sin embargo, al invertir todo el patrimonio en una inversión basada sólo en una esperanza inverosímil, lo que se está haciendo es superar el riesgo económico tolerado socialmente. Tales casos constituyen comportamientos anormales desde la óptica económica, pues es posible afirmar una completa ausencia de una justificación económica razonable que permita excluir el riesgo permitido.

Las conductas irracionales constituyen comportamientos que no sólo no están dirigidas al beneficio económico, sino que poseen un significado de empobrecimiento del propio patrimonio. A modo de ejemplo, si una empresa está en una situación financiera delicada y realiza un descuento en

⁶⁹³ Así PAREDES CASTAÑÓN, en QUINTERO/MORALES (coord.), *El nuevo derecho penal español*, 2001, p. 1653.

la venta de sus productos para mejorar sus ventas y aún así se produce una incapacidad de responder en sus obligaciones por insolvencia, no podrá afirmarse que dichas actuaciones crearan un riesgo típico objeto de reproche penal. Estas actuaciones obedecen en tal caso a lo opuesto, esto es, a un intento de mejorar la situación patrimonial a través de actuaciones normales del comercio como lo es, por ejemplo, una estrategia de venta de productos a precios agresivos.

Otro supuesto de conducta irracional en la gestión del propio patrimonio es la destrucción de los bienes. El Derecho debe desvalorar la destrucción de los bienes del deudor, pues se trata de un menoscabo manifiesto de la garantía patrimonial cuyo efecto es el perjuicio de los acreedores. El deber mínimo exigible a todo deudor desde la óptica del modelo básico de conducta del buen padre de familia es de, al menos, asegurar el propio patrimonio frente a los riesgos que le amenacen. Efectivamente, si la norma penal de alzamiento busca disuadir al deudor de asumir riesgos de insolvencia en sus interacciones con terceros, también debe afirmarse que ella incluye un deber dirigido al deudor de evitar su propia ruina mediante la autodestrucción de su patrimonio.

Si el ordenamiento jurídico no garantizara normativamente la expectativa de que ningún deudor puede destruir su patrimonio sin vulnerar por tanto un deber de no dañar, ningún sujeto operaría con la seguridad suficiente en el tráfico económico. Todo acreedor tendría la incertidumbre de que el deudor podría destruir su patrimonio para perjudicarlo. Por ello, para permitir contactos sociales entre acreedor y deudor lo mínimo que se espera del sistema jurídico es que asegure al acreedor la existencia de un deber del deudor de no lesionar a terceros a través de la propia causación atípica de la destrucción del propio patrimonio.

3. Negocios y gastos antieconómicos

Bajo esta categoría encontramos aquellas conductas contrarias a una gestión económica ordenada del patrimonio que sencillamente empobrecen el activo patrimonial del deudor y que se agrupan bajo el concepto de gastos antieconómicos⁶⁹⁴. En general, estos comportamientos suelen ser negocios o gastos que son realizados sin ningún cálculo previo⁶⁹⁵. Al respecto, la doctrina ha señalado que deben considerarse como negocios o gastos antieconómicos aquellos que sean *injustificables* y cuya carencia de contenido sea patente para un observador que piense en términos de racionalidad económica⁶⁹⁶.

Como negocios y gastos antieconómicos pueden agruparse aquellas enajenaciones a precios irrisorios o absolutamente por debajo de un precio de mercado. Por ejemplo, la venta de un bien cuyo valor de mercado está tasado en 100 y el deudor lo enajena por un valor de 5. También puede considerarse como gastos antieconómicos la concesión abusiva de préstamos a los administradores de la sociedad deudora que conlleven una disminución significativa de su patrimonio. En este último caso se podría apreciar también la comisión de un delito de administración desleal⁶⁹⁷.

No obstante, algunas disposiciones patrimoniales como por ejemplo, liquidación de activos percederos o bienes que generan gastos de almacenamiento, deben quedar fuera de este grupo de negocios antieconómicos. En efecto, en ocasiones sucede que la mantención o el

⁶⁹⁴ MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible*, 2010, pp. 238 y 239.

⁶⁹⁵ RADTKE/PETERMANN, *MK*, 2ª ed., 2014, «§283», nm. 23.

⁶⁹⁶ TIEDEMANN, *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, 2010, p. 415.

⁶⁹⁷ Véase GÓMEZ BENÍTEZ, «El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles», *Diario La Ley*, 1997, pp. 4 y 5.

almacenamiento de algunos bienes generan un gasto excesivo o permanente para el deudor. Por el contrario, liquidar tales bienes a precios extremos puede tener un motivo económico lógico y razonable, esto es, ahorrar los costes de mantención o almacenamiento en que se incurre con el mantenimiento de tales bienes en la esfera del deudor.

4. Negocios especulativos o de riesgo

Los negocios especulativos consisten en aquellas operaciones económicas basadas únicamente en una mera esperanza de éxito⁶⁹⁸. Se trata de aquellas actuaciones económicas con el propio patrimonio (inversión, negocio, etc.) que conllevan un notorio riesgo de pérdida y cuyo éxito depende principal o exclusivamente del azar o de la casualidad. La interpretación de estos negocios especulativos debe ser restrictiva debido a la necesidad de mantener unos espacios de riesgo permitido amplio en un sector como el económico. Por ello, la punibilidad de este tipo de conductas pasa por exigir la vulneración de las mínimas normas exigibles de diligencia en la gestión del propio patrimonio⁶⁹⁹.

Como ejemplo de este tipo de operaciones puede señalarse la participación en una empresa dudosa con una parte del capital que ponga en riesgo el propio patrimonio del deudor⁷⁰⁰. Por otro lado, se discute si pagar altas sumas de dinero en sobornos con la esperanza de obtener un negocio rentable puede dar lugar a un delito de insolvencia si se crea el

⁶⁹⁸ RADTKE/PETERMANN, *MK*, 2ª ed., 2014, «§283», nm. 25; TIEDEMANN, *Konkurs-Strafrecht*, 1985, p. 114.

⁶⁹⁹ EIRANOVA ENCINA, *La responsabilidad penal por las operaciones económicas de alto riesgo*, 2002, p. 32

⁷⁰⁰ Véase WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed., 2011, p. 330.

riesgo típico de ella⁷⁰¹. El problema es que no es tan claro si los pagos de corrupción que generen una expectativa de negocio, en principio desprotegido por el Derecho, sean necesariamente actuaciones de riesgo para el deudor que las lleva a cabo.

Cabe aquí realizar brevemente una referencia a la situación en que determinadas conductas, como los pagos de sobornos, puedan dar lugar a un delito de alzamiento de bienes y también a uno de administración desleal. Ello es así, ya que tanto en el delito de administración desleal como en los delitos de insolvencia nos encontramos ante figuras típicas que dicen relación con la administración de patrimonios ajenos y propios. En efecto, el delito alzamiento de bienes contiene en su estructura una administración de patrimonio propio que tiene directa repercusión en un patrimonio ajeno, pues el deudor debe administrar su propio patrimonio sin generar riesgos para su acreedor. De esta forma, tanto en el delito de administración desleal como en el alzamiento de bienes, se trata de una administración no permitida del patrimonio propio o ajeno⁷⁰².

Ahora bien, a diferencia del delito de administración desleal, lo que sucede en el delito de alzamiento de bienes es que el riesgo típico de éste último no lo constituye el perjuicio para el propio deudor, sino que éste viene representado por la posibilidad de generar su propia insolvencia en perjuicio de terceros acreedores. Así, la realización de un delito de administración desleal y uno de alzamiento de bienes tiene lugar por ejemplo, cuando la conducta de disposición fraudulenta de los bienes de una sociedad o el hecho de contraer obligaciones a cargo de ésta, produzcan en ella una situación de insolvencia frente a los acreedores de

⁷⁰¹ Véase WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed., 2011, p. 330

⁷⁰² De la misma opinión MUÑOZ CONDE, «Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal», en ARROYO/BERDUGO (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, 2001, p. 355.

la sociedad. En tal caso, cabe apreciar un concurso ideal de delitos en la medida que las conductas de disposición fraudulenta de los bienes sociales hayan sido las que objetivamente provocaron la insolvencia de la sociedad deudora⁷⁰³.

Naturalmente, estas actuaciones patrimoniales tienen que ser idóneas para generar un riesgo de insolvencia, pues por ejemplo, la inversión de una mínima e insignificante parte del patrimonio en un negocio especulativo que dependa del azar no implica *per se* la creación de un riesgo típico de alzamiento de bienes, ya que en tal caso no se trata de una gestión del patrimonio que genere un riesgo de insolvencia.

Por lo demás, cabe sostener que el análisis de lo especulativo del negocio que conlleva la disposición patrimonial objeto de enjuiciamiento deberá realizarse bajo un juicio de razonabilidad, idoneidad y necesidad. En este sentido, si una operación económica, a pesar de los riesgos que conlleva permitirá en el futuro obtener beneficios económicos con base a criterios económicos y razonables y ampliar por tanto el patrimonio del deudor, no puede ser catalogada como una conducta típica de alzamiento de bienes⁷⁰⁴.

La base de estas actuaciones denominadas negocios especulativos o de riesgo la constituye justamente el riesgo exagerado en operaciones de completa incertidumbre de éxito o basadas exclusivamente en creencias infundadas. Desde un criterio económico, corresponden a aquellas actuaciones del deudor en que se pone en riesgo su patrimonio a través de la concesión de créditos a terceros de desconocida solvencia y en que existe una seguridad de que dicho crédito no tenga retorno en el

⁷⁰³ CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, p. 475;

⁷⁰⁴ En este sentido FEIJOO SÁNCHEZ, *ADCo*, 2009, p.69.

patrimonio del deudor que lo concede, es decir, cuando existe un riesgo relevante de pérdida por el desconocimiento del sujeto con quien se contrata así como de las condiciones en que se otorga un crédito. En otras palabras, por ejemplo, cuando se otorga un crédito sin ninguna garantía de aseguramiento creando un riesgo relevante para el propio patrimonio a través de un negocio cuyo posible éxito de futuro se funda completamente en el azar.

De hecho, se menciona que una de las posibles causas de la crisis económica de los últimos años ha sido la política de riesgo exagerado de las empresas que invirtieron fondos en los títulos de valores de alto riesgo, o de quienes otorgaron préstamos sin la debida diligencia al no prestar la atención adecuada a si los destinatarios de los créditos tenían una solvencia suficiente⁷⁰⁵.

Por último, no debe olvidarse que respecto a todos estos casos de infracción de los deberes de conducta anteriormente señalados, ha de realizarse la correspondiente imputación subjetiva. En otras palabras, se debe tener presente que, junto con la infracción del deber de conducta, el deudor actuó con el conocimiento del riesgo típico que involucraba el comportamiento que llevó a cabo. En este sentido, el dolo eventual jugará un papel de significativa relevancia, ya que en la gran mayoría de estos «casos claros» será difícil negar una representación por parte del deudor de que la conducta llevada a cabo no generaba ningún riesgo de insolvencia⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ Véase TOSZA, «La responsabilidad por actos riesgosos de gestión en las sociedades de capital; Un estudio de derecho comparado», *Revista Penal*, 2010, p. 178.

⁷⁰⁶ Respecto al dolo eventual en el delito de alzamiento de bienes véase las páginas 159 y siguientes.

CAPÍTULO II

DEBERES DE AUTOPROTECCIÓN DEL ACREEDOR

I. LA VICTIMODOGMÁTICA

A, acreedor de B, contrata un detective privado para investigar posibles comportamientos fraudulentos de su deudor. Como fruto de la investigación privada el acreedor obtiene conocimiento de una serie de conductas de alzamiento de bienes que B está preparando para llevar a cabo (redacción de contratos simulados, cambio del régimen económico matrimonial, traspaso de bienes inmuebles a testaferros, venta simulada del patrimonio a una sociedad pantalla, etc.). Aun así el acreedor no toma ninguna de las medidas civiles (o procesales) precautorias para evitar las futuras conductas fraudulentas de su deudor. ¿Es posible afirmar que existe un deber del acreedor consistente en recurrir en primer lugar a medidas de protección de otras ramas del ordenamiento jurídico y sólo entonces merecer la protección del Derecho penal como medida de *ultima ratio*? ¿Puede por lo tanto sostenerse que la omisión por parte del acreedor (futura víctima) de las medidas cautelares de protección que pone a su disposición el Derecho procesal o civil ha contribuido a la creación del riesgo de insolvencia penalmente relevante de su deudor?

Las reflexiones anteriores están en directa relación con la vigencia y aplicación del principio de *ultima ratio* del Derecho penal. Según éste, el Derecho penal es la última medida de protección que hay que considerar cuando fallen otros medios de solución –como la acción civil o las normas de policía–⁷⁰⁷. Si se toma en serio el cumplimiento del principio de *ultima*

⁷⁰⁷ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. I, 2006, § 2/97; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, p. 118.

ratio entonces lo que se debe afirmar (o rechazar) es si existe un deber de la potencial víctima de recurrir en primer lugar al Derecho civil o administrativo y sólo cuando estos medios fallen podrá recurrir legítimamente al Derecho penal.

En este punto y respecto de los delitos de insolvencia es interesante la opinión de SCHÜNEMANN. Para este autor el delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1 del CP español y en general todo el Derecho penal concursal representan una recepción expresa del principio de *ultima ratio* del Derecho penal. En opinión de éste autor, cuando el acreedor (víctima) toma todos los mecanismos procesales civiles de protección pero el deudor frustra su eficacia, entonces a través de la penalización de tales comportamientos del deudor se protege el patrimonio del acreedor primariamente mediante el Derecho civil y solo secundariamente a través del Derecho penal⁷⁰⁸. Según esto, el acreedor tendría un deber de recurrir primero a las medidas de protección que le otorga el Derecho procesal civil y sólo cuando dichas medidas sean ineficaces (porque, por ejemplo, el deudor las burla) merecerá la protección del Derecho penal. Al menos esto es lo que debería afirmarse por quien, como SCHÜNEMANN, sostenga que los delitos de insolvencia representan una manifestación expresa del principio de la *ultima ratio* de del Derecho penal. Sobre este último punto se volverá más adelante.

Ante todo, cabe señalar que la respuesta a la pregunta de si existen determinados deberes de autoprotección que la víctima debe cumplir para

⁷⁰⁸ SCHÜNEMANN, «Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Bedonderen Teil», en TIEDEMANN/SCHÜNEMANN (eds.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pp. 60 y 61. Hay traducción al español: «Sistema de derecho penal y victimodogmática», en DÍEZ RIPOLLÉS *et al* (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, 2002, pp. 159-172.

así merecer la protección del Derecho de acuerdo a principios como el de *ultima ratio* o subsidiariedad se debe buscar en aquel enfoque según el cual la víctima constituye objeto central de estudio para la configuración del injusto. El estudio de tal aspecto, esto es, de la intervención de la víctima en la conformación del injusto, ha sido denominado por la doctrina «victimodogmática»⁷⁰⁹. La victimodogmática se encarga de examinar hasta qué punto (y en qué términos) el reconocimiento de la existencia de víctimas *co-responsables* del delito puede influir –en sentido eximente o atenuatorio– en la responsabilidad del autor⁷¹⁰. En principio, la pregunta que ha girado respecto en la doctrina es si esta corresponsabilidad de la víctima en los hechos puede excluir la tipicidad o la antijuridicidad⁷¹¹.

Sin embargo, la evolución más reciente que ha tomado la victimodogmática apunta a centrar el debate en el ámbito de la tipicidad más que en la categoría de la justificación. Especialmente cuando los estudios apuntan a ubicar a la víctima en el centro de la imputación objetiva, ya que en determinados supuestos no parece ser suficiente la conducta del autor, sino que es necesaria una acción u omisión de la víctima para la co-creación del riesgo desaprobado. O como también se

⁷⁰⁹ Véase SCHÜNEMANN, «Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege», *NStZ*, 1986, p. 439; Crítico con esta denominación y en general con su estudio aislado de la teoría del delito véase CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 221 y ss.

⁷¹⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, en DE LA CUESTA/DENDALUZE/ECHEBURÚA (comp.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*, 1989, p. 635.

⁷¹¹ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. I, 2006, § 14/15.

señala, para aquellos casos en que la conducta del autor sólo adquirió la suficiencia jurídico-penal al sumársele el riesgo creado por la víctima⁷¹².

La victimodogmática también plantea que a través de la aplicación de los principios limitadores, de los fines del Derecho penal y de determinadas aportaciones de la víctima en la creación del riesgo permitido puede concluirse que en algunos casos habría un deber de autoprotección cuya infracción implicaría el no-merecimiento o una falta de necesidad de la protección penal para la víctima del hecho⁷¹³. Los autores parten de la base de que se debe considerar que la protección que otorga el Derecho penal a los bienes jurídicos debe estar regida siempre por los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad⁷¹⁴. Por ello cobra relevancia la posibilidad de afirmar o descartar la existencia de un deber de autoprotección de la posible víctima ya que, si dicho deber de la víctima existiera y fuera infringido podría sostenerse que, desde un punto de vista político-criminal, la reacción jurídico-penal contra el autor constituye una infracción del principio de subsidiariedad⁷¹⁵. Y, desde un punto de vista dogmático, podría afirmarse que se trataría de una vulneración del principio de proporcionalidad, pues la función del Derecho penal pasa por la protección de “bienes jurídicos” únicamente

⁷¹² SILVA SÁNCHEZ, «La víctima en el futuro de la dogmática», en BERISTAIN/DE LA CUESTA (dir.), *Victimología*, 1990, p. 234.

⁷¹³ SCHÜNEMANN, «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrecht», en KAUFMANN *et al* (eds.), *FS für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 129 y ss.; Con amplias referencias véase CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 267 y ss.

⁷¹⁴ SCHÜNEMANN, *NStZ*, 1986, p. 439 y ss.

⁷¹⁵ HÖRNLE, «Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 89.

respecto a aquellas agresiones que son lo suficientemente graves para que la protección penal se estime ineludible⁷¹⁶.

Seguramente la mayor consecuencia de aquellos autores que se pronuncian acerca de la victimodogmática la representa la opción sostenida por SCHÜNEMANN. Según este autor, la imposición de la pena como *ultima ratio* de la prevención estatal de conductas socialmente dañosas no debe tener lugar cuando la víctima no merece ni necesita protección. Haciendo una interpretación de los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad que deben gobernar la actuación del Derecho penal, este autor señala que deben eliminarse del ámbito de lo punible aquellos comportamientos en contra de quien puede protegerse a sí mismo de una manera fácil y razonable⁷¹⁷. A esta conclusión se llega también, según el propio SCHÜNEMANN, por medio del postulado del contrato social. Según este autor, en el contrato social el ciudadano sólo renuncia a la libertad que por sí mismo no puede proteger necesitando por lo tanto al Estado y la protección penal de éste último allí donde las propias fuerzas de la potencial víctima son insuficientes⁷¹⁸.

Matizando las conclusiones anteriores, recientemente HÖRNLE se ha apartado de la solución postulada por SCHÜNEMANN en que se debe dejar sin castigo al autor del delito cuando la víctima pudiendo tomar medidas de protección de manera fácil y razonable, no lo hace. Según HÖRNLE, la omisión de las medidas de protección de la víctima sólo pueda tener como

⁷¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, en DE LA CUESTA/DENDALUZE/ECHEBURÚA (comp.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*, 1989, p. 640.

⁷¹⁷ SCHÜNEMANN, *NSzZ*, 1986, p. 439.

⁷¹⁸ Véase SCHÜNEMANN, «Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado de Derecho liberal», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, pp. 80 y 81.

consecuencia «una disminución del injusto y no la supresión de él»⁷¹⁹. Así, en su opinión, jamás puede desaparecer ni tener lugar una división del injusto entre autor y víctima. Por el contrario, esta autora sostiene que sólo tendría lugar una *disminución del injusto* del autor ya sea como una disminución del desvalor de la conducta o del desvalor del resultado⁷²⁰.

En contra de las posiciones que apuntan a una corresponsabilidad de la víctima, recientemente se ha pronunciado ROPERO CARRASCO. Esta autora descarta categóricamente la existencia de determinados deberes de autoprotección de la víctima. Resumidamente, en su opinión el Derecho vigente no permite en modo alguno la exoneración de la pena para el autor en consideración a la contribución que tenga la víctima en la creación del riesgo. Señala que nunca puede afirmarse «que parte del injusto es atribuible a la víctima, pues el comportamiento de esta en ningún caso implica la creación de un riesgo desaprobado»⁷²¹. En su opinión, contribuir al riesgo o consentirlo no representa la realización de un hecho desvalorado⁷²². Ahora bien, la mayor dificultad que observa ROPERO CARRASCO consiste en que ningún tipo de la Parte Especial ni disposición alguna de la Parte General del CP se refieren a la posibilidad de exoneración o atenuación para el caso en que la intervención de la víctima contribuya a la creación del riesgo⁷²³.

⁷¹⁹ HÖRNLE, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 95.

⁷²⁰ HÖRNLE, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 95.

⁷²¹ ROPERO CARRASCO, «¿Hay que merecer la protección del derecho penal?: Derechos y deberes de las víctimas», en CUERDA (dir.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, 2006, p. 127.

⁷²² ROPERO CARRASCO, en CUERDA (dir.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, 2006, p. 127.

⁷²³ ROPERO CARRASCO, en CUERDA (dir.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, 2006, p. 125.

Sin embargo, la opinión de la citada autora no puede ser aquí compartida. En efecto, tal estructura argumentativa de ROPERO CARRASCO, aplicada en otros ámbitos de la dogmática penal traería negativas consecuencias al desconocer en consecuencia un avance que ha logrado la dogmática en décadas de trabajo. Me refiero a la similar situación que tiene la teoría del bien jurídico y a la teoría de la imputación objetiva. Ni respecto de la imputación objetiva ni de la existencia de bienes jurídicos existe norma alguna en el Derecho vigente ni de la parte general ni en la parte especial que señale que lo protegido por el Derecho penal son bienes jurídicos. Tampoco se encuentra ni en la parte general ni en la parte especial una norma que haga referencia a la teoría de la imputación objetiva como instrumento delimitador de conductas típicas y conductas permitidas. Ninguna de estas instituciones dogmáticas se encuentra en una norma en el Derecho vigente y aun así son aceptadas y utilizadas por una comunidad jurídica interpretativa ampliamente dominante. Señalar lo contrario, esto es, aceptación la opinión de que por la falta de existencia de norma de Derecho positivo no se permita la utilización de estas dos instituciones dogmáticas de tanta relevancia me parece a todas luces bastante difícil de aceptar.

En mi opinión, la solución al planteamiento victimodogmático no pasa sin más por aplicar un criterio radical como el que sostiene SCHÜNEMANN según el cual, por la no adopción de medidas razonables de protección por parte de quien puede tomarlas de manera fácil para autoprotgerse, se deba perder la protección penal. Dicho planteamiento, sin una concretización profunda, es difícilmente asumible, pues implica materialmente una retirada del Derecho penal que daría paso a soluciones privadas de justicia y debilitaría la capacidad comunicativa de motivación que la norma penal ejerce en los ciudadanos. Al respecto tiene razón

SILVA SÁNCHEZ cuando sostiene que es bastante difícil de aceptar que la exigencia generalizada de *medidas activas de autoprotección* (preventivas o reactivas) deba ser algo usual, razonable y exigible⁷²⁴.

En opinión de SILVA SÁNCHEZ la solución del merecimiento de la protección penal pasa por una adecuada precisión del contenido de determinadas medidas de protección consistentes en evitar actos dolosos o imprudentes que directa o indirectamente puedan redundar en una lesión de los propios bienes jurídicos por terceros. Tal determinación viene dada para este autor por la existencia de un deber de la víctima de evitar favorecer *conscientemente* la puesta en peligro de los bienes jurídicos así como evitar *intensificar* el grado de peligro al que ya están sometidos. Así, para SILVA SÁNCHEZ, quien no adopte esta mínima medida de protección quedará sin la protección penal o, al menos, la verá disminuida⁷²⁵. Hasta donde alcanzo a ver, esta última situación es lo que sucede en aquellos casos de estafa en que la víctima está en una situación de duda. Sería exigible que la posible víctima de estafa se informe más antes de realizar el acto de disposición patrimonial. Ahora bien, si aun así la víctima dispone patrimonialmente lo haría mediante un engaño no bastante para producir error en ella. El riesgo insuficiente que había creado el autor a través del engaño no bastante, se transforma en un riesgo suficiente por la omisión de una medida de autoprotección de la víctima. La medida de autoprotección exigible en este caso sería la obtención de información suficiente cuando se está en una situación de duda que pudiera implicar un perjuicio patrimonial.

⁷²⁴ SILVA SÁNCHEZ, en DE LA CUESTA/DENDALUZE/ECHEBURÚA (comp.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*, 1989, p. 641.

⁷²⁵ SILVA SÁNCHEZ, en DE LA CUESTA/DENDALUZE/ECHEBURÚA (comp.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*, 1989, p. 642.

El planteamiento de SILVA SÁNCHEZ tiene la virtud de que con él se evita caer en la imputación de los resultados desde un punto de vista estrictamente causal y permite una atribución del resultado a *ámbitos de responsabilidad* de autor y víctima⁷²⁶. Ello ocurre, por ejemplo, en los casos en que un comportamiento del autor sólo adquiere relevancia jurídico-penal a partir del momento de interacción con la víctima. Así, se evita la arbitrariedad e irracionalidad de una pura interpretación gramatical de los tipos⁷²⁷.

Luego de observar a grandes rasgos el panorama de la victimodogmática, corresponde ahora abordar la respuesta al supuesto de hecho con el cual comenzó este capítulo de deberes de autoprotección del acreedor ¿Tiene el acreedor un deber de recurrir en primer lugar a las medidas civiles que pone el ordenamiento jurídico a su disposición para merecer sólo secundariamente la protección que otorga el Derecho penal? Bajo esta pregunta debe comprenderse también integrada la interrogante de si la omisión de una medida precautoria de índole procesal civil puede entenderse o no como una vulneración de un deber de autoprotección y en consecuencia como una co-creación de un riesgo típico.

Sobre este punto mi opinión es la siguiente: La configuración social y económica basada principalmente en contactos sociales anónimos hace bastante difícil configurar un deber para el acreedor de investigar cómo se comporta su deudor. En principio, toda persona tiene derecho a confiar en que los demás han de respetar las normas jurídicas, pues rige un principio de confianza en el cumplimiento éstas. Ello evita justamente la necesidad

⁷²⁶ SILVA SÁNCHEZ, en DE LA CUESTA/DENDALUZE/ECHEBURÚA (comp.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*, 1989, pp. 640 y 642.

⁷²⁷ SILVA SÁNCHEZ, en DE LA CUESTA/DENDALUZE/ECHEBURÚA (comp.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*, 1989, p. 642.

de tomar medidas de investigación para averiguar si un deudor se comporta o no de acuerdo a las normas jurídicas vigentes. De lo contrario, exigir al acreedor un conocimiento de las conductas que va realizando el deudor tendría como consecuencia configurar un Estado policial en el que cualquiera debería averiguar cómo se comportan los demás con los que se ha relacionado para evitar que se lesionen los propios derechos o bienes jurídicos.

Al respecto, no me parece posible afirmar que existe un deber de prevenir activamente las futuras agresiones cuando no se tiene conocimiento de ellas. No hay un deber del acreedor de informarse si su deudor se dispone a realizar actos fraudulentos o lícitos con su propio patrimonio. En este sentido, no se puede afirmar que el acreedor que omite la solicitud de medidas cautelares de índole procesal haya vulnerado sus deberes de autoprotección, pues no me parece que la realización de investigaciones sobre un potencial autor (el deudor) sean *medidas razonables, proporcionales ni exigibles* a una potencial víctima (acreedor).

Sostener la existencia de un deber de recurrir primero a las medidas del Derecho civil a través de la puesta en práctica de una medida de protección por parte del acreedor para sólo así merecer en *ultima ratio* la protección del Derecho penal sería exigir que el acreedor estuviera constantemente en conocimiento de las actuaciones de su deudor para, llegado el caso, tomar medidas precautorias o procesales de aseguramiento del patrimonio del deudor. Esta exigencia me parece desproporcionada e impracticable en el caso del alzamiento de bienes así como en cualquier otro delito de insolvencia.

II. EL ACREEDOR ANTE LA TENTATIVA DEL DEUDOR

Como se ha visto, es posible señalar que en general los planteamientos victimodogmáticos basados en los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad sostienen que el Derecho penal debe actuar cuando otros medios de control social que suponen una intervención menos intensa no pueden ser aplicados⁷²⁸. No obstante, esta máxima victimodogmática que estructuralmente parece ser bastante sencilla de aplicar frente a casos claros como la víctima potencial de estafa frente a un engaño burdo, adquiere mayor dificultad cuando le añadimos la estructura del *iter criminis* en delitos distintos al de la estafa. En concreto me refiero a la siguiente situación:

Un acreedor se encuentra frente al hecho de que deudor está cargando en un camión el conjunto de maquinarias industriales que representan todo su patrimonio para trasladarlas a un país extranjero y así presentarse insolvente frente a sus acreedores. Desde la estructura de la teoría del delito, lo que ocurre es que la víctima tropieza in situ con el desarrollo del *iter criminis*, literalmente la víctima está “cara a cara” con la tentativa del autor.

Desde la posición de la víctima-acreedor se puede razonar que quizás es preferible esperar a que el deudor consume el delito para iniciar así un proceso penal y hacer recaer en el autor del hecho el mayor peso del ordenamiento jurídico. Imaginemos por ejemplo que el deudor es al mismo tiempo el peor enemigo del acreedor, por consiguiente tiene más motivos para dejar pasar el tiempo y recurrir a la justicia penal. Incluso se puede sostener que el transcurso del tiempo desde el comienzo de la tentativa hasta la consumación puede serle útil al acreedor para constituir

⁷²⁸ Véase WOHLERS, «Derecho penal como *ultima ratio*. ¿Principio fundamental del derecho penal de un Estado de derecho o principio sin un contenido expresivo propio?», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 110.

pruebas que le permitan obtener con relativa facilidad una sentencia penal condenatoria en contra de su deudor.

Ahora bien, bajo los postulados de la victimodogmática cabe preguntarse: ¿Debe el acreedor interrumpir el *iter criminis* del deudor evitando la consumación bajo la amenaza de perder la protección del Derecho penal por infracción de deberes de autoprotección? ¿Puede deducirse en este sentido un deber de evitar la consumación del delito? Las respuestas de estas preguntas surgen desde los mismos argumentos de la victimodogmática y, en general, de la propia dogmática penal. En primer lugar, en este caso que he planteado como ejemplo parece ser que en realidad no se trata de medidas de autoprotección, sino más bien de medidas que constituyen directamente un rechazo de la agresión que lleva a cabo el autor.

Desde el punto de vista de la justificación, la víctima de una agresión puede recurrir en todo caso a la legítima defensa para repeler el ataque. Podría por ejemplo, en el supuesto de hecho anterior, utilizar la ayuda de un vehículo para encerrar al autor (deudor) en el lugar físico en que este último se encontrara cometiendo la tentativa del injusto de alzamiento de bienes (cargando sus bienes en el vehículo con el que pretendía partir al extranjero). Aparentemente, la víctima cometería un delito de detenciones ilegales que estaría justificado por la legítima defensa, pues el acreedor no haría otra cosa que rechazar la agresión del deudor. Sin embargo, no es menos cierto que la legítima defensa constituye *un derecho y no un deber*. Por lo tanto, el hecho de no recurrir a esta causa de justificación no tiene consecuencia alguna para la víctima, puesto que desde la dogmática de justificación no puede hablarse de que exista un deber de recurrir a la legítima defensa.

Ahora bien, desde la victimodogmática las consecuencias de no autoprotegerse pudiendo hacerlo no se presentan tan claras como desde la perspectiva de la justificación. Ello, pues como se ha observado bajo los postulados del enfoque victimodogmático, se exige la realización por parte de la víctima de medidas tendentes a proteger sus propios intereses para que sólo entonces en aquellos casos en que los esfuerzos del propio ciudadano-víctima se presenten insuficientes el Estado le otorgue protección penal⁷²⁹. Bajo este postulado se entiende que el primero en defender sus propios intereses debe ser la propia víctima potencial y cuando a ella no le sea posible entonces tendrá la protección jurídico-penal del Estado.

Sin embargo, cabe hacer una matización al principio victimodogmático recién planteado. En mi opinión, debe atenderse aquí a la idea que plantea WOHLERS referida a que la autoprotección de la víctima es *una* alternativa a poner en práctica *sólo cuando dicha medida no menoscabe intereses propios importantes de la víctima potencial*⁷³⁰. De acuerdo con ello, cabe preguntarse si puede exigirse al acreedor que, ante la tentativa del deudor, deba llevar a cabo alguna medida de protección para evitar la consumación. En mi opinión, exigir una medida que interrumpa la consumación en tales casos sí constituye un menoscabo de los derechos de la víctima. Tal exigencia de evitar la consumación del delito no constituye una medida razonable, proporcionada ni exigible a la potencial víctima. Lo contrario, esto es, exigir que por ejemplo, que el acreedor bloquee con un vehículo la salida del lugar en el cual se encuentra el deudor realizando desarrollando el *iter criminis* me parece una exigencia que vulneraría la

⁷²⁹ Véase por todos SCHÜNEMANN, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, pp. 80 y 81.

⁷³⁰ WOHLERS, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 120. La cursiva es mia.

proporcionalidad como principio básico que debe en todo caso regir para cualquier medida de autoprotección que se exija de la víctima.

De esta forma, no puede afirmarse que la víctima renuncie a sus intereses cuando no evita la consumación del delito o incluso cuando no interrumpe la tentativa. En realidad sería la propia exigencia de llevar a cabo una medida de autoprotección de rechazar la agresión del deudor la que puede representar un peligro para la propia víctima. Una exigencia como aquella, esto es, una exigencia de evitar la consumación me parece que constituye una medida que menoscaba un interés del acreedor como es su derecho a la seguridad e integridad de su propia vida. En este sentido, el Derecho penal no puede exigir tales actuaciones de las víctimas bajo la amenaza de revocar la protección penal, pues el merecimiento de protección no puede depender de acciones heroicas de las mismas víctimas⁷³¹.

Por el contrario, se han de exigir medidas de autoprotección que sean razonables, exigibles y proporcionales pero que nunca constituyan un peligro para la propia víctima. Cualquier exigencia de autoprotección para todo ciudadano potencialmente víctima debe tener como límite que la misma no constituya un peligro propio⁷³². Lo contrario, esto es, exigir acciones de protección que para autoproteger un determinado bien jurídico deban poner en peligro otro bien jurídico, puede configurar una política criminal insostenible en cualquier Estado social y democrático de Derecho. Resulta además bastante difícil afirmar que el ciudadano debe

⁷³¹ Si el deudor se hace ayudar de un grupo de “matones” durante las acciones de ocultación de su patrimonio, no se le puede exigir al acreedor-víctima que tome como medida de autoprotección la interrupción del *iter criminis* del deudor pues con ello se arriesga ya no solamente su patrimonio, sino que también su propia integridad física.

⁷³² HÖRNLE, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 96.

aceptar formar parte de un *contrato social* en el cual se obliga a poner en peligro su vida o integridad física para merecer la protección penal que le brinda el Derecho a su patrimonio. En este sentido, no cabe otra cosa que afirmar que también las medidas de autoprotección han de estar sometidas al principio de proporcionalidad y de exigibilidad.

Desde un punto de vista dogmática y, siguiendo aquí a SILVA SÁNCHEZ⁷³³, creo que la omisión de una medida de autoprotección frente a una situación como el desarrollo del hecho delictivo del deudor no *favorece conscientemente* la puesta en peligro de los bienes jurídicos, ni parece posible afirmar que con dicha omisión se *intensifique el grado de peligro* al que ya está siendo sometido el bien jurídico del acreedor. El comportamiento del deudor-autor adquiere relevancia jurídico-penal *por sí mismo* sin necesidad de que el acreedor realice algo. En realidad, no hace falta ninguna interacción de la potencial víctima con el autor para que la conducta de este último sea considerada lesiva, pues ya sin necesidad de la existencia de un comportamiento de la víctima, la actuación del autor contiene el suficiente desvalor de acción. De acuerdo a lo anterior, estimo que no existe un deber de evitar la consumación cuando con ello se crea un peligro para la propia víctima a la que se exige la adopción de medidas de autoprotección. Lo contrario, es decir, exigir la interrupción de la tentativa, puede producir que el remedio (medidas de autoprotección) acabe siendo más dañoso que la propia enfermedad (la consumación del delito). Por último, en el caso en que el deudor intentara apoderarse mediante violencia, intimidación o fuerza en las cosas de un bien que pertenece a su acreedor, podría apreciarse un delito de realización arbitraria del propio derecho tipificado en el art. 455 del CP.

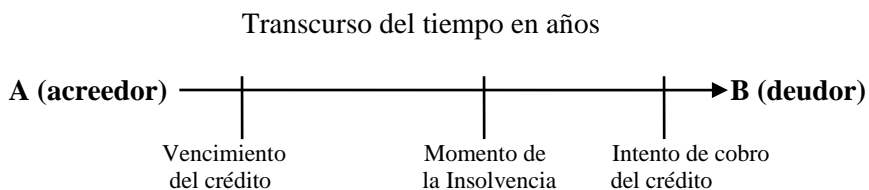
⁷³³ SILVA SÁNCHEZ, en DE LA CUESTA/DENDALUZE/ECHEBURÚA (compiladores), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*, 1989, pp. 642 y ss.

III. LA OMISIÓN DEL COBRO DE UN CRÉDITO

En algunas situaciones existen determinadas medidas para que exista la lesión de bienes jurídicos que sí pueden considerarse razonables y que no representa menoscabo alguno para los intereses de la potencial víctima. La omisión de tales medidas puede presentarse estructuralmente como una contribución en la co-creación del riesgo típico. El supuesto de hecho de una situación como la descrita sería el siguiente:

El acreedor que deja pasar un tiempo considerable en el cobro de una deuda que se encuentra vencida, líquida y exigible y que al momento de realizar el cobro se encuentra con la situación que el deudor obligado al pago se ha insolventado. ¿Puede afirmarse que ha vulnerado sus deberes de protección al dejar pasar un amplio período de tiempo para cobro de la deuda?

Explicemos mejor a través de una fórmula este complejo entramado de variables:



A, que es acreedor, omite el cobro del crédito que posee respecto de B durante un transcurso de tiempo prolongado. Durante ese período B se insolventa fraudulentamente, por lo que A no puede cobrar porque su deudor está en insolvencia. La situación que aquí se presenta desde la victimodogmática es si la lesión del bien jurídico del acreedor puede

imputarse a la propia víctima como corresponsable del hecho. Todo ello, bajo el presupuesto de que la omisión en el cobro durante un extenso periodo de tiempo ha contribuido a la co-creación del riesgo.

En mi opinión, la omisión del cobro del crédito durante un largo periodo de tiempo constituye una vulneración del deber de diligencia del acreedor y una infracción del deber de autoprotección de éste. Efectivamente, estimo que puede afirmarse que se trata de una infracción de una medida mínima, razonable y exigible de autoprotección que recae en todo acreedor. Es razonable, porque B podía tomar tal medida sin que ello significase menoscabo alguno en sus intereses y bastando con realizar un mínimo esfuerzo. Es exigible porque tal deber forma parte del modelo normativo de conducta tanto del buen padre de familia como del ordenado comerciante. Se trata de una medida mínima que busca evitar intensificar el grado de peligro al que ya está sometido el derecho de crédito del acreedor en un ámbito como el económico que está permanentemente sometido a riesgos.

Los postulados generales de la victimodogmática ya se han observado *grosso modo* en el comienzo de este capítulo. En términos generales, estos postulados establecen que cuando la víctima puede proporcionarse medidas mínimas razonables para evitar la lesión del bien jurídico sin menoscabo para sus intereses y omite tales medidas entonces decae o se atenúa la punibilidad del hecho del autor. Por lo demás, resulta interesante la valoración del derecho mercantil respecto a la situación del acreedor que no cobra un crédito. Como se ha observado, este subsistema jurídico ha venido institucionalizando un conjunto de deberes exigibles a todo aquel que opera en el tráfico económico bajo el modelo de conducta de un ordenado comerciante.

Pues bien, en el Derecho mercantil se sostiene para aquel sujeto que actúa bajo dicho modelo que el hecho de no reclamar el importe de los créditos de la sociedad frente a los socios constituye una *infracción del deber de diligencia que le corresponde a todo ordenado empresario*⁷³⁴. Ello confirma ya en este nivel normativo una desvaloración de la omisión del cobro del crédito por parte de quien lo puede llevar a cabo y no lo hace. No es desproporcionado en este sentido afirmar que el cobro de un crédito constituye una medida exigible a un ordenado empresario, pues a través de esta mínima medida se *evita intensificar el grado de riesgo al que ya está expuesto su derecho de crédito*.

No puede argumentarse aquí que la retirada del Derecho penal deje desamparada a la víctima, ya que es ella misma la que conscientemente pone en peligro adicional sus propios intereses a través de la infracción mínimas y sencillas medidas de autoprotección. Por ello, en este caso me parece correcto afirmar que el mantenimiento de la integridad del bien jurídico es posible de llevar a cabo con la autoprotección de la víctima a través del cobro del crédito dentro de un período prudente de tiempo, pues en definitiva tal medida es del todo razonable y sencilla como forma de autoprotección exigible a la potencial víctima⁷³⁵.

Si hemos llegado a la conclusión de que en este caso sí hay una vulneración de los deberes de autoprotección, ha de poderse establecer entonces en concreto cuáles son las consecuencias que de ello se derivan en relación a la valoración del injusto y de la pena. Sobre este punto, HÖRNLE ha sostenido que las consecuencias han de repercutir bien en una

⁷³⁴ SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., 2007, p. 185.

⁷³⁵ Véase SCHÜNEMANN, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 80.

disminución del desvalor de conducta o bien desde el desvalor de resultado efectuando una división de competencias respecto al resultado acaecido. Sin embargo, señala la citada autora que en ningún caso el injusto puede desaparecer ya que siempre queda el *desvalor de la conducta del desprecio a la norma*⁷³⁶.

Por lo demás, cabe señalar que cualquier propuesta al respecto deberá ser respetuosa con el principio de legalidad. Ello quiere decir que toda consecuencia que se derive de la afirmación de que se han vulnerado deberes de autoprotección debe tener en cuenta el derecho positivo. Hasta donde veo, la solución en estos casos de vulneración de deberes de autoprotección se encuentra en una disminución del injusto en el desvalor de acción a través de la aplicación de una atenuante analógica del art. 21.6 del CP.

Por último, la omisión del cobro de un crédito puede también dar lugar a un delito de administración desleal. Ello, tendría lugar en el caso de que el administrador de una sociedad deje prescribir conscientemente un crédito que tiene la sociedad que administra con otra entidad, pues el no reclamar el crédito a tiempo se puede entender bajo la modalidad típica de «disponer» de los bienes sociales⁷³⁷.

⁷³⁶ HÖRNLE, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal*, 2012, p. 95.

⁷³⁷ Sobre la comisión por omisión del delito de administración desleal véase CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, pp. 425 y ss.

CAPÍTULO III

LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO

TÍPICO DE INSOLVENCIA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Código penal no define qué se entiende por insolvencia ni tampoco se remite a ninguna norma extra penal donde pueda encontrarse tal definición. En principio, ésta última situación se presenta como una declaración de autonomía entre el Ordenamiento penal y el mercantil debido a que la LC (Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal) sí contiene un concepto de insolvencia⁷³⁸.

No obstante la existencia de un concepto extra penal, tampoco se puede afirmar que con una remisión al concepto de insolvencia que contiene la LC se resuelvan los problemas para los distintos tipos penales que giran en torno al concepto de insolvencia. De hecho, la insolvencia constituye también en el Derecho privado uno de los conceptos más imprecisos⁷³⁹. Las dificultades del establecimiento de un concepto unívoco de insolvencia se reflejan también en el Derecho penal donde es posible encontrar una diversidad de acepciones realizadas por innumerables autores. Muchas veces esta situación acaba provocando desafortunadas clasificaciones⁷⁴⁰.

Como se ha dicho, la LC contiene un concepto de insolvencia al que cabe hacer una breve referencia. En efecto, la LC define la insolvencia en su

⁷³⁸ POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, en *Estudios sobre la Ley concursal. L-H a Manuel Olivencia*, t. V, 2005, p. 5034 y s.

⁷³⁹ ORDUÑA MORENO, *La insolvencia*, 1994, p. 23 y ss.

⁷⁴⁰ ALEMÁN MONTERREAL, *La insolvencia*, 2010, p. 566.

art. 2.2 como un «estado en el que el deudor no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles». Este concepto es casi idéntico al de la Ley alemana que regula los procesos de insolvencia conocida como InsO (*Insolvenzordnung* de 1 de enero de 1999). La Ley alemana equipara la insolvencia a la incapacidad de pago señalando en su § 17 que el deudor se encuentra en incapacidad de pago (*Zahlungsunfähigkeit*) «cuando no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles». No obstante el hecho de que la InsO otorgare un concepto concreto, el problema de tal definición es que no se especifica si el deudor ha dejado de pagar por iliquidez, por verdadera incapacidad definitiva de pago o incluso por falta de voluntad de pago⁷⁴¹.

Ahora bien, LC española señala que la insolvencia constituye un «estado» en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles⁷⁴². A primera vista, podría parecer que cualquier incumplimiento de una obligación exigible, un retraso en el cumplimiento oportuno o la falta de voluntad de pagar pudieran dar lugar a un estado de insolvencia del deudor de acuerdo a lo dispuesto en la LC. No obstante, ello no es así, pues no todo incumplimiento de obligaciones equivale a un estado de insolvencia.

Más bien, tal como ha señalado la doctrina al respecto, el concepto de insolvencia de la LC hace referencia a una verdadera *impotencia del patrimonio* del deudor para *atender al cumplimiento regular* de las obligaciones independiente de la voluntad del deudor de cumplir o no sus

⁷⁴¹ Véase IBÁÑEZ JIMÉNEZ, «Objetivación y subjetividad en la delimitación del denominado *presupuesto* objetivo del concurso», en *Estudios sobre la Ley concursal*, t. I, 2005, p. 1052.

⁷⁴² Art. 2.2 LC: “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles”.

obligaciones⁷⁴³. En este sentido, las situaciones de desbalance contable transitorio o de iliquidez temporal no constituyen en la LC una situación de insolvencia del deudor⁷⁴⁴. Ni tampoco tales situaciones son de aquellas que en la InsO alemana dan lugar al concurso de acreedores, particularmente por el hecho de que afirmar una insolvencia para casos de agujeros de liquidez poco significativos o de déficit temporal sería desde el punto de vista constitucional contrario al principio de proporcionalidad⁷⁴⁵. De todo esto se debe concluir que, si las situaciones de desbalance o iliquidez no constituyen desde la óptica mercantil estados de insolvencia, con mayor razón no deberían tener relevancia penal para los delitos de insolvencia.

En relación al concepto de insolvencia que maneja la LC, éste se refiere a la «regularidad» en el cumplimiento de las obligaciones. Así, de acuerdo con la LC se debe constatar la existencia de una regularidad en la cesación del cumplimiento de las obligaciones del deudor para afirmar el estado de insolvencia. Sin embargo, la mera cesación en el pago de una obligación no significa que un deudor esté en un estado de insolvencia, ya que se requiere que ese hecho externo de cesación en el pago «se base en un incumplimiento regular, sin cambios y de forma estable»⁷⁴⁶. Aun así, esto choca con la lógica del tipo de alzamiento de bienes y en general con la estructura que presentan los delitos de insolvencia, pues es perfectamente

⁷⁴³ DUQUE DOMÍNGUEZ, «Sobre el concepto básico de insolvencia», en *Estudios sobre la Ley concursal*, t. I, 2005, p. 1006.

⁷⁴⁴ PULGAR EZQUERRA, «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en PULGAR EZQUERRA *et al* (dir.), *Comentarios a la Legislación concursal*, t. I, 2004, pp. 102 y ss.

⁷⁴⁵ FISCHER, «La incapacidad de pago», *ADCo*, 2010, p. 138.

⁷⁴⁶ JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Apuntes sobre el concepto de insolvencia en la Ley concursal», *Estudios sobre la Ley concursal*, t. I, 2005, p.1080.

apreciable que un deudor produzca fraudulentamente su insolvencia antes del plazo que debe cumplir con el pago de sus obligaciones. De hecho, esto es lo que sucede regularmente al observar la amplia jurisprudencia al respecto, en la cual se observa que las conductas de alzamiento suelen ser por lo general anteriores al vencimiento de los créditos.

Además, el requisito del *incumplimiento regular de obligaciones exigibles* no puede ser entendido como la insolvencia penalmente relevante, sino que el incumplimiento regular de obligaciones debe considerarse desde la óptica jurídico-penal como un *indicio* de una situación de insolvencia fraudulenta. Ello, del mismo modo que la suspensión de pagos es considerada una manifestación externa de la incapacidad de pago del deudor⁷⁴⁷. Así, el cese o suspensión de pagos no puede constituir *per se* una situación de insolvencia típica desde la óptica del alzamiento de bienes o desde el delito concursal. Al contrario, el concepto de insolvencia penal debe estar orientado a aquella situación producida por conductas jurídico-penalmente desaprobadas e imputables al deudor *que no le permiten responder de las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones*. Esta idea, que más adelante detallaré, evita entender que un incumplimiento contractual pueda entenderse como insolvencia a efectos penales. No obstante, sí cabe mantener la noción de que la suspensión o cese de pago es *una de las varias manifestaciones externas* posibles de la situación de insolvencia del deudor.

⁷⁴⁷ TIEDEMANN, *Insolvenz-Strafrecht*, 2ª ed., 1996, p. 61.

II. LA INSOLVENCIA EN LA DOGMÁTICA PENAL

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia suelen referirse a la insolvencia atribuyéndole diferentes características. Así, es posible encontrar a la insolvencia típica calificada de real o aparente, de total o parcial o, también como insolvencia provisional o definitiva⁷⁴⁸. En ocasiones, tales distinciones obedecen a una utilización directa y sin mayor examen de los conceptos que provienen de otras ramas del ordenamiento jurídico como el Derecho Mercantil y el Civil⁷⁴⁹. Por ello, algunos autores han señalado que tal categorización de la insolvencia, más que aportar soluciones en la mayoría de los casos aporta confusión acerca del alcance y el sentido de dicho concepto en la aplicación al Derecho penal⁷⁵⁰.

Cuando se habla de la insolvencia provisional como una forma de insolvencia, en realidad tal situación no es otra que la iliquidez que, por lo

⁷⁴⁸ Véase MESTRE DELGADO, «Insolvencias punibles», en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., 2011, p. 305; FARALDO CABANA, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al código penal*, 2010, p. 992; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., 2010, p. 466; EL MISMO *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 123; CÓRDOBA RODA, «De las insolvencias punibles», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. I, 2004, p. 873; GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, 2000, pp. 39 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial de derecho penal*, 2ª ed., t. III, 1978, pp. 49 y ss.; BACIGALUPO, *Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*, 1970, pp. 94 y ss.

⁷⁴⁹ La Ley concursal en su artículo 2.3 que se refiere expresamente a la insolvencia inminente.

⁷⁵⁰ Véase BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 420; BACIGALUPO SAGGESE, *La Ley Digital*, 2010, p. 4; GARCÍA SÁNCHEZ, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, 2003, pp. 247 y ss.; GONZÁLEZ TAPIA, en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios al código penal*, t. VIII, 1999, p. 594.

demás, no constituye insolvencia penalmente relevante⁷⁵¹. Por ejemplo, una empresa puede tener problemas para responder de sus obligaciones en un momento determinado pero su patrimonio realizable es muchas veces mayor que el monto de sus obligaciones. Por ello la situación provisional de incapacidad de pago por iliquidez no defrauda ni pone en peligro las expectativas de cobro. Cabe recordar la idea señalada anteriormente de que el alzamiento de bienes no protege la vigencia de expectativas de pago de la obligación principal del deudor, sino aquella que consiste en que el acreedor pueda hacerse pago con los bienes del deudor cuando este último incumpla sus obligaciones principales.

De acuerdo con lo anterior, la denominada garantía patrimonial universal del deudor, que encuentra su anclaje normativo en el art. 1911 del CC, se constituye en el soporte material del derecho de crédito. Así, lo que realmente es relevante a efectos del delito de alzamiento de bienes es que la insolvencia sea fraudulenta. Por el contrario, la mayoría de las veces la iliquidez no obedece a situaciones fraudulentas, sino a situaciones contables de tipo fáctico y que suelen ser por lo demás temporalmente momentáneas. Lo fraudulento del comportamiento del deudor debe estar referido a la falta de bienes no para responder del pago de la obligación, sino para responder por el cumplimiento por equivalencia que posee el acreedor, esto es, para hacer frente al derecho de satisfacción del crédito del acreedor en el patrimonio del deudor.

En ese sentido llevan razón BAJO y BACIGALUPO cuando en relación al concepto de insolvencia señalan que ella está referida al hecho de que el acreedor no encuentra bienes con que satisfacer su crédito. Así, para estos autores, la insolvencia es «un estado de desequilibrio patrimonial entre los

⁷⁵¹ En el mismo sentido GONZÁLEZ CUSSAC, en HERNÁNDEZ MARTÍ (coord.), *Concurso e insolvencia punible*, 2004, p. 646 y 647.

valores realizables y las prestaciones exigibles, no encontrando el acreedor medios donde satisfacer su crédito»⁷⁵². Sin embargo, cabe insistir en que el estado de insolvencia debe ser imputable objetivamente a conductas del deudor y no ser visto como un desequilibrio patrimonial resultante de actuaciones normales del tráfico económico. Tal aspecto debe tenerse en consideración dadas las situaciones de deudores como, por ejemplo, la de una empresa que a lo largo del año presenta una situación de desbalance patrimonial y luego al comienzo de otro período dicha situación cambia significativamente por los retornos de una inversión realizada con anterioridad. En efecto, puede existir un período con un desequilibrio patrimonial en el estado contable del deudor, pero si existen expectativas jurídicas garantizadas de que se obtendrán dividendos de diversas inversiones o rentas y que, en el fondo, se trata de una situación transitoria entonces no puede afirmarse que la empresa se encuentre en una insolvencia jurídico-penalmente relevante.

También hablar de una insolvencia total o parcial genera más confusión que solución. En principio, podría señalarse que, al ser el mismo legislador quien introduce en el art. 258 del CP la clasificación de la insolvencia total o parcial, ésta pudiera tener por ello alguna relevancia. En efecto, la norma del art. 258 se refiere al deudor que “*realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio haciéndose total o parcialmente insolvente*”. Sin embargo, esta clasificación no hace más que aumentar los problemas interpretativos de los tipos penales de excesiva ambigüedad debido al déficit de taxatividad como es el caso del tipo de alzamiento de bienes. Debe admitirse que se trata de un lamentable error del legislador debido a una mala técnica

⁷⁵² BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 419; De la misma opinión BACIGALUPO SAGGESE, *La Ley*, 2010, p. 4.

legislativa, pues nos hallamos ante una distinción que no posee relevancia para la comprensión de los delitos de insolvencia⁷⁵³. Al respecto, cabe señalar que basta que el deudor se coloque fraudulentamente en una situación de imposibilidad de hacer frente a la responsabilidad civil derivada de un delito mediante una insolvencia real o aparente sin necesidad de comprobar si esta es total o parcial. Respecto a la aplicación de esta distinción para el tipo básico del 257.1.1º (incluso para el art. 260.1) basta con comprobar si el deudor puede o no hacer frente a las consecuencias de su incumplimiento en el pago de obligaciones.

Por otro lado, algún cuestionamiento puede presentarse también en la denominada insolvencia parcial. Esta situación de insolvencia parcial fue ya mencionada por QUINTANO RIPOLLÉS como modalidad típica que vulnera la garantía constituida por cosa insustituible (este autor pone el ejemplo de una obra de arte que es ocultada por quien la debe entregar)⁷⁵⁴. En mi opinión, estos casos no pueden dar lugar a un delito de alzamiento de bienes por la razón de que ni el alzamiento ni ningún otro tipo penal de insolvencia protegen un derecho sobre un bien determinado o concreto. Los delitos de insolvencia hacen referencia a la ocultación o situación global del patrimonio del deudor y no a la desaparición de un bien determinado.

⁷⁵³ En este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 50.

⁷⁵⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. III, 1978, p. 51 y s.

III. TOMA DE POSTURA. UNA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA INSOLVENCIA

Más allá de adjetivos o clasificaciones de la insolvencia, cabe señalar que ésta debe ser la nota común a todos los delitos que se agrupan bajo el capítulo de las insolvencias punibles. Entre la insolvencia y las conductas que la provocan debe existir un nexo normativo de imputación objetiva. En tal sentido, al ser el alzamiento de bienes un delito de resultado y de lesión la insolvencia aparece efectivamente como el *resultado* definitivo de la conducta típica de alzamiento de bienes⁷⁵⁵.

He querido hacer hincapié en que la insolvencia es el resultado definitivo del delito de alzamiento de bienes, pues no toda la doctrina que comprende el alzamiento de bienes como delito de resultado entiende a la insolvencia como resultado definitivo. En efecto, como se observa en el capítulo correspondiente a la tentativa, algunos autores como SOUTO GARCÍA sostienen que la insolvencia corresponde a un resultado intermedio que media entre los actos de alzamiento y el vencimiento del crédito⁷⁵⁶. Para esta corriente, sólo con el vencimiento del crédito se produce el efectivo perjuicio y consumación del delito⁷⁵⁷. De acuerdo con dicho planteamiento, la línea temporal del delito se estructura en primer lugar con los actos de ocultación (conducta típica), en segundo, con un resultado intermedio de insolvencia y en tercer lugar con el vencimiento de la deuda y, por lo tanto, con el efectivo perjuicio.

⁷⁵⁵ De la misma opinión DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP*, 1994, p. 15; GONZÁLEZ TAPIA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. VIII, 1999, p. 627 y s.

⁷⁵⁶ Véase SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 311.

⁷⁵⁷ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 313.

Sin embargo, la calificación de la insolvencia como un resultado intermedio plantea algunas dudas. Efectivamente ¿qué se quiere decir en concreto con *resultado intermedio*? ¿Qué función cumple tal denominación? Hasta donde veo, tal calificación no posee una mayor relevancia, puesto que lo fundamental para la consumación en aquellos autores que se adhieren a la idea de la insolvencia como resultado intermedio, es el vencimiento del crédito como condición de producción del efectivo perjuicio para el acreedor. Sin embargo, ya se observó que el resultado del delito de alzamiento de bienes es la insolvencia y no el vencimiento del crédito, entre otras cosas, por los efectos de la aplicación de la institución jurídica del vencimiento anticipado de la obligación en virtud de la insolvencia o en virtud del pacto del acreedor y deudor⁷⁵⁸.

Además, si el vencimiento del crédito operara hipotéticamente como el resultado definitivo de acuerdo al planteamiento que una parte de la doctrina defiende, la insolvencia debería constituir una especie de condición objetiva de punibilidad que debe concurrir antes del vencimiento de la obligación. Sin embargo, ello tampoco está del todo claro en la postura que se refiere a la insolvencia como resultado intermedio. Ahora bien, en la concepción que aquí defiende, el vencimiento no conforma el resultado del delito de alzamiento de bienes ni puede constituir el requisito o el momento de su consumación⁷⁵⁹.

En relación con la insolvencia, se ha podido observar que el problema principal a efectos jurídico-penales radica en su concepto y su alcance. Ahora bien, pretender dar un concepto único y totalizador de insolvencia que solucione los distintos problemas que existen en las diversas disciplinas del ordenamiento jurídico constituye una tarea difícil y

⁷⁵⁸ Véase las páginas 167 y siguientes.

⁷⁵⁹ Véase las páginas 184 y siguientes.

extremadamente pretenciosa. Además, ello escapa al objeto de esta investigación. Al respecto, la solución pasa por determinar normativamente qué debe entenderse por insolvencia a efectos jurídico-penales. Para ello, creo necesario apuntar algunos criterios a fin de intentar construir un concepto normativo de insolvencia que sirva en general a los fines del Derecho penal de la insolvencia y en particular que sea funcional y operativo al delito de alzamiento de bienes.

En primer lugar ha de tenerse en consideración para la elaboración de un concepto jurídico penal una *perspectiva material* con la que pueda afirmarse que concurre una efectiva defraudación de la expectativa de cobro o, si se prefiere, una lesión del bien jurídico. En segundo lugar, que se trate de un *concepto funcional*, esto es, un concepto que sirva al cometido del alzamiento de bienes como refuerzo sancionatorio del art. 1911 del CC. Con estos dos enfoques, se debe poder encontrar un equilibrio entre los ámbitos de libertad económica de actuación del deudor y la protección de las expectativas de cobro del acreedor.

De acuerdo a lo anterior, para la elaboración del concepto de insolvencia debe partirse de la estructura básica y elemental que está detrás del delito de alzamiento de bienes. Detrás de la relación autor-víctima se encuentra el vínculo jurídico previo entre acreedor-deudor. En esta estructura jurídica el acreedor posee en virtud del art. 1911 del CC una expectativa de cobro en el patrimonio del deudor en caso de que éste no cumpla con sus obligaciones. En efecto, el derecho de crédito conlleva la facultad de exigir forzosamente el cumplimiento de la prestación principal. Sin embargo, el acreedor ostenta junto esa facultad el denominado «poder de injerencia o agresión sobre los bienes del deudor».

Esta facultad de injerencia consiste en el derecho del acreedor de dirigirse jurídicamente a los bienes del deudor para destinar el precio obtenido a la

realización o satisfacción del interés insatisfecho⁷⁶⁰. En sentido contrario, el deudor tiene un deber de soportar las consecuencias del incumplimiento obligacional con todos sus bienes presentes y futuros. Este deber se deriva del principio de responsabilidad patrimonial universal que constituye «la cara contraria de la moneda» del vínculo acreedor-deudor en cuyo lado está la expectativa normativa de cobro. Por ello, cuando el deudor menoscaba su garantía patrimonial provocando su insolvencia defrauda esta expectativa de cobro del acreedor. El derecho de crédito se ve lesionado, pues al quedar sin sustrato material se transforma en un elemento patrimonial sin contenido alguno, pasando a ser un derecho patrimonial meramente declarativo.

En efecto, el deber penal del deudor (deber negativo) sólo se puede entender infringido cuando se produce una situación de inexistencia real o aparente de bienes que puedan servir para hacer frente al derecho de injerencia del acreedor en el patrimonio del deudor. En este sentido debe insistirse en que la insolvencia consiste en una *situación patrimonial* que defrauda la expectativa de cobro del acreedor. Ahora bien, la infracción del deber del deudor que tiene consecuencia penal para la estructura del delito de alzamiento de bienes no se refiere al deber de pagar sus obligaciones, sino al mantener o conservar su patrimonio libre de riesgos para hacer frente a las consecuencias de sus incumplimientos⁷⁶¹. Con más precisión, más que conservar su patrimonio el deudor debe organizar su esfera patrimonial económica dentro de un riesgo permitido.

La expresión conservar o mantener, a la que se acaba de hacer mención, no tiene que ser asimilada a una prohibición del deudor de realizar

⁷⁶⁰ Véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., vol. II, 2008, p. 127.

⁷⁶¹ En el mismo sentido FEIJOO SÁNCHEZ, *ADCo*, 2009, p. 56

cualquier operación económica o disposición patrimonial sobre sus bienes para conservarlos en un lugar cerrado bajo llave buscando así evitar cualquier insolvencia. La ponderación entre la libertad de organización económica del deudor y las expectativas de cobro del acreedor pasa por establecer que el límite de la libertad del deudor de actuar sobre sus propios bienes llega hasta aquellas actuaciones que se enmarcan dentro de actividades de riesgo permitido.

De acuerdo con lo que se ha venido señalando, la insolvencia penalmente relevante no es aquella que dice relación con la incapacidad de pagar o de responder de las obligaciones asumidas por el deudor, sino que es aquella incapacidad de responder patrimonialmente de las consecuencias del incumplimiento de obligaciones. Bajo estas premisas, la insolvencia relevante para el Derecho penal será aquella *incapacidad patrimonial real o aparente, objetivamente imputable al deudor que no le permite hacer frente a las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones derivadas del art. 1911 del CC.*

Es importante establecer la distinción entre la incapacidad de pago de la obligación principal que tiene el deudor con respecto al acreedor de la incapacidad de responder por las consecuencias que derivan del no pago de la obligación principal. Esta primera incapacidad de pago no le permitirá al deudor *en un primer nivel* responder de las obligaciones que tiene con respecto a su acreedor. Sin embargo, el delito de alzamiento de bienes y en general los delitos de insolvencia no sancionan este mero incumplimiento de obligaciones. Las consecuencias del incumplimiento del pago de la obligación principal tienen carácter eminentemente civil. Castigar penalmente por el mero incumplimiento de obligaciones vulnera el principio de intervención mínima y la prohibición de la prisión por deudas que establece el PIDCP en su artículo 11 y el artículo 1 del

Protocolo IV del CPDHLF publicado en BOE nº 247, de 13 de octubre de 2009.

Desde la perspectiva del Derecho penal, la lesividad material del derecho de crédito del acreedor y, por tanto, la defraudación de la expectativa de cobro, sí concurren cuando esa incapacidad está referida a aquella falta (real o aparente) de patrimonio realizable para hacer frente a *las consecuencias jurídicas que derivan del incumplimiento* de las obligaciones por parte del deudor. Si bien algunos autores como BINDING se refieren a que la lesión del deudor es la provocación de su incapacidad de pago⁷⁶², dicha incapacidad debe referirse a la falta de patrimonio para responder no de la obligación principal que asumió el deudor en el contrato, sino de aquella obligación de responder frente al acreedor con todos su bienes en caso de incumplir lo pactado. Es en este caso cuando se defrauda la expectativa garantizada jurídico-penalmente. Sólo cuando el deudor de manera fraudulenta sustrae sus bienes del destino a que estaban sujetos en virtud del art. 1911, pues entonces concurre un *segundo nivel* de lesividad del derecho de crédito que sí tiene relevancia jurídico-penal. Sólo en este segundo nivel de lesividad está justificado el recurso al Derecho penal.

En otras palabras, cabe afirmar que a través de la pena, el derecho penal no asegura al acreedor la vigencia de la expectativa de pago de la prestación principal. Sólo le asegura normativamente a través de la sanción penal en virtud del delito de alzamiento de bienes la vigencia de una expectativa de cobro en el patrimonio del deudor en un *segundo nivel* de lesividad del derecho de crédito. Así, cuando el deudor sustrae su patrimonio evitando el ejercicio de la facultad de injerencia que tiene el

⁷⁶² BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, 1902, p. 421

acreedor defrauda la expectativa de satisfacción o de cobro que tiene este último⁷⁶³. Ahora bien, si la existencia material de tal garantía representa el auténtico soporte de la expectativa de cobro del acreedor⁷⁶⁴, el ataque a ésta alterándola hasta su desaparición constituye un ataque a los intereses del acreedor que justifica el recurso al Derecho penal. Bajo esta formulación puede afirmarse que el Derecho penal ejerce su función respetuosamente o conforme al principio de *última ratio* y al de lesividad.

Como consecuencia de la existencia de la garantía patrimonial del deudor, se le impone a éste el deber de responder de sus obligaciones con todo su patrimonio presente y futuro ante el acreedor (art. 1911 CC). En consideración a la función que posee la garantía patrimonial del deudor puede afirmarse que la lesión al acreedor se manifiesta en la fraudulenta disminución o desaparición de ella. En efecto, a través del ataque del deudor a su propia garantía patrimonial por medio de la producción de la insolvencia, se objetiviza la defraudación de la expectativa de cobro. Por ello la insolvencia relevante para el derecho penal no se constituye con el no pago de una obligación, pues no es el cese en el pago de las obligaciones lo que el Derecho penal sanciona, sino que es aquella incapacidad patrimonial que defrauda la expectativa de cobro a través de la desaparición del valor o soporte material del derecho de crédito. En el fondo, la insolvencia fraudulenta transforma la expectativa de cobro en una mera declaración formal sin contenido material ni apoyo cognitivo alguno causando objetivamente un efectivo perjuicio al acreedor.

⁷⁶³ En similar sentido QUINTERO OLIVARES, «Las insolvencias punibles en el derecho penal español», *Derecho penal económico*, 2001, p. 508. Este autor habla en términos de frustración de la esperanza de cobro depositada por un acreedor en los bienes que pertenecen al deudor. Aunque luego hace mención a que los actos de alzamiento sean aptos para burlar las expectativas de los acreedores.

⁷⁶⁴ ORDUÑA MORENO, *La insolvencia*, 1994, p. 178.

Ahora bien, para cumplir con su deber negativo el deudor no debe mantener una cantidad de patrimonio líquido o fácil de realizar para pagar a sus acreedores. Su deber no tiene tal alcance, pues de lo contrario se restringirían las conductas del deudor a un ámbito bastante limitado de actuaciones, ya que sólo podría realizar actuaciones económicas que le permitieran al acreedor pagarse fácilmente para el caso de que el deudor no cumpla con sus obligaciones principales. Por ello, la *falta de liquidez* no puede constituir ni equipararse a la insolvencia que requiere el tipo penal de alzamiento de bienes. En realidad, cuando un deudor está en una fase de iliquidez no puede afirmarse que haya disminuido su garantía patrimonial. De hecho, un deudor puede contar con un patrimonio muy superior al monto de sus obligaciones, pero en el momento de exigirse el pago no poseer patrimonio líquido para responder en ese preciso momento de la obligación. Sin embargo, el hecho de poseer bienes le permite al deudor en último caso liquidarlos para posteriormente afrontar el pago de la obligación⁷⁶⁵. Así, una situación de iliquidez no constituye una situación de insolvencia penalmente relevante mientras existan bienes para hacer frente a las consecuencias del incumplimiento del pago del deudor. Desde una óptica normativa, con la iliquidez no es posible afirmar que se defraude la expectativa de cobro del acreedor.

En general, en estos casos de iliquidez el deudor sí posee bienes suficientes para hacer frente a las expectativas de cobro de sus acreedores. Un claro ejemplo que muestra que ni siquiera en el Derecho civil la iliquidez constituye insolvencia es el hecho de que el deudor siempre puede oponerse al vencimiento anticipado de la obligación que solicita el deudor en virtud del art. 1129.1 del CC a través del otorgamiento de

⁷⁶⁵ De la misma opinión NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 169.

cualquier garantía patrimonial al acreedor⁷⁶⁶. También respecto al *sobreendeudamiento*, cabe señalar que tal situación tampoco constituye un supuesto de insolvencia típica. Piénsese por ejemplo en aquel deudor que inicia sus actividades, por ejemplo, una empresa y que tiene innumerables obligaciones y aún poco líquido pero tiene, por el contrario, enormes expectativas de ganancias en el mercado. En este sentido una situación de sobreendeudamiento no revela ser una amenaza para los acreedores⁷⁶⁷. Aun cuando desde una óptica contable el pasivo sea superior al activo, para el Derecho penal tal lectura no tendrá la consecuencia inmediata de ser constitutiva de insolvencia.

IV. LA INSOLVENCIA APARENTE. UN CONCEPTO FUNCIONAL PARA EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES

De acuerdo a la doctrina dominante, la insolvencia que provoca el deudor puede ser real o aparente y en ambos casos es correcto hablar de una insolvencia jurídico-penalmente relevante⁷⁶⁸. Esta opinión según la cual la insolvencia aparente del deudor también es una forma de insolvencia típica es correcta en términos dogmáticos y se presenta operativamente funcional a los fines de la pena del delito de alzamiento de bienes, pues,

⁷⁶⁶ Véase DÍEZ-PICAZO, *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, p. 75.

⁷⁶⁷ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, p. 169.

⁷⁶⁸ En el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, 4ª ed., 2013, p. 50; SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 172; GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, 2000, p. 37 y 38; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., 1999, p. 123; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 14 y s.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, 2ª ed., t. III, 1978, p. 51; BACIGALUPO, *Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*, 1970, p. 95.

tanto con la insolvencia real como con la aparente se defrauda la expectativa de cobro del acreedor.

En la *insolvencia real* el deudor traspasa su patrimonio a la esfera jurídica un tercero sin la debida contraprestación económica o constituye gravámenes sobre sus bienes de tal manera que impide normativamente que éstos cumplan con su función de garantía patrimonial. En ambos casos se impide que el acreedor pueda satisfacer sus expectativas de cobro. En este sentido, la producción de la insolvencia real se puede llevar a cabo, por ejemplo, a través de operaciones jurídicas simuladas como donaciones de bienes a terceros o a través de contratos de compraventa. En estos casos se estará ante una insolvencia real del deudor por el hecho de que la operación simulada no pueda anularse debido a la protección de terceros adquirentes de buena fe. Ahora bien, la otra forma de insolvencia real serán aquellos casos de destrucción de bienes, ya que mediante tal comportamiento el patrimonio realizable del deudor literalmente desaparece.

Por otra parte, la denominada *insolvencia aparente* consiste en aquella situación patrimonial del deudor en que, si bien sus bienes permanecen bajo su dominio o titularidad, están ocultos del alcance de los acreedores. De esta forma, la insolvencia aparente constituye una modalidad idónea para defraudar expectativas de cobro, pues aun cuando el deudor posea bienes suficientes en su esfera de organización, si estos están ocultos a las acciones de sus acreedores el deudor se encuentra de todas formas realmente insolvente frente a éstos últimos. De nada sirve que el deudor posea bienes si estos han sido sustraídos del alcance del derecho de injerencia del acreedor para evitar hacer frente a la responsabilidad que le cabe al deudor por sus incumplimientos obligacionales. Es cierto que en estos casos de insolvencia aparente el deudor sigue teniendo

materialmente bienes en su patrimonio pero en tales situaciones sucede que los ha sacado fraudulentamente del ámbito de alcance de las acciones de los acreedores.

El *quid* de la cuestión relativa a la insolvencia aparente es que la solvencia que se oculta de manera fraudulenta es a todos los efectos para los acreedores una *verdadera insolvencia*. En este sentido, bien señala SOUTO GARCÍA cuando afirma que «la solvencia si está oculta y se esconde de forma que no sirve a la satisfacción de los créditos no tiene valor alguno para los acreedores»⁷⁶⁹. En resumen, debe afirmarse que la insolvencia aparente es en definitiva una insolvencia real para el acreedor. A fin de cuentas, esta apariencia de insolvencia sólo sirve para ratificar el hecho de que se trata de una actuación fraudulenta del deudor que pretende mostrarse ante su acreedor sin patrimonio⁷⁷⁰. En este sentido, comparto la opinión que señala que la apariencia de insolvencia constituye una «genuina insolvencia», pues evidencia precisamente el carácter fraudulento de la conducta del acreedor⁷⁷¹.

Sin embargo, algunos autores rechazan que la insolvencia aparente tenga relevancia jurídico-penal. Es posible encontrar en la doctrina la opinión de quienes sostienen que la insolvencia aparente simplemente no constituye una forma de lesionar el patrimonio del acreedor⁷⁷². Esta postura señala

⁷⁶⁹ SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 172.

⁷⁷⁰ En el mismo sentido BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 420.

⁷⁷¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Estudios penales y criminológicos*, 2004, p. 453; EL MISMO, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2013, p. 50.

⁷⁷² Véase CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, pp. 230 y ss.; GALLEGO SOLER, en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2002, pp. 362 y ss.

que cuando nos enfrentamos a una insolvencia aparente «difícilmente podemos hablar de una lesividad o antijuridicidad material que justifique el castigo penal», ya que «a pesar de todo no se impide que materialmente se satisfaga el derecho del acreedor si se ejercita la acción rescisoria»⁷⁷³.

La posición anteriormente señalada no puede ser aquí compartida por los siguientes motivos. En efecto, hacer depender la tipicidad o no de un hecho de la «posibilidad de ejercicio de una acción civil» puede entenderse como el surgimiento de un deber o el establecimiento de un requisito, inexistente por lo demás, en el tipo legal el delito de alzamiento de bienes. En concreto, se estaría exigiendo el deber del acreedor de agotar las vías civiles antes de poder recurrir a la protección del Derecho penal. Una exigencia que vulnera, por cierto, el principio de legalidad penal. Además, en ocasiones no será posible obtener éxito por la vía de la nulidad de los actos en vía civil cuando los bienes hayan sido adquiridos por terceros de buena fe protegidos por la fe pública registral⁷⁷⁴.

Al aceptar únicamente como resultado típico la insolvencia real del deudor se impondría al acreedor la carga de demostrar que el deudor no posee patrimonio para responder de las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones. Esto tendría como consecuencia la configuración de un deber para el acreedor de *acreditar efectivamente* la situación patrimonial del deudor. Algo así como un deber de demostrar una especie de insolvencia absoluta. Desde el punto de vista dogmático, tal situación consistiría en dejar en manos de la víctima (el acreedor) la existencia del delito de acuerdo al éxito o fracaso en la investigación que realizara sobre la situación patrimonial del deudor.

⁷⁷³ GALLEGO SOLER, en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2002, p. 363.

⁷⁷⁴ GONZÁLEZ TAPIA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. VIII, 1999, p. 604.

Con respecto a lo señalado en el párrafo anterior, cabe precisar que no es exigible que el acreedor deba conocer y demostrar el real estado contable del deudor para afirmar si existe o no delito. Por ello, no es relevante para la configuración del injusto de alzamiento de bienes si el deudor sigue siendo formalmente propietario de bienes, por ejemplo, de una cantidad de dinero que se encuentra en una cuenta en el extranjero en un paraíso fiscal. Lo relevante será si ese patrimonio ha sido fraudulentamente sustraído para evitar cumplir la función de garantía por los incumplimientos del deudor, es decir, para ocultar los bienes del derecho de injerencia que sobre ellos pudieran ejercer los acreedores.

Por el contrario, la existencia de bienes conocidos del deudor e idóneos para responder al derecho de satisfacción del acreedor no da lugar a la existencia de delito, pues no puede afirmarse que se esté ante una situación de insolvencia. En este último sentido viene pronunciándose la jurisprudencia absolviendo del delito de alzamiento de bienes en aquellos casos en que el deudor poseía bienes no ocultados y conocidos para hacer frente a su responsabilidad patrimonial frente a los acreedores⁷⁷⁵. Así puede observarse en reiteradas resoluciones que señalan que «...no es necesario agotar la vía ejecutiva, es suficiente que se realice ocultación o sustracción de bienes...»⁷⁷⁶. O simplemente cuando se afirma que «no es exigible al acreedor que tenga que agotar el patrimonio del deudor

⁷⁷⁵ Véase con amplias referencias STS núm. 732/2000 de 27 de abril (RJ 2000\3300).

⁷⁷⁶ STS núm. 1101/2007 de 27 de diciembre (RJ 2008\48).

embargándole uno tras otro todos sus bienes, para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica»⁷⁷⁷.

Ahora bien, de todos modos para asegurar la pretensión del acreedor en el proceso penal éste puede por ejemplo aportar como prueba de la inexistencia de bienes del deudor los diversos certificados de los registros públicos (registro mercantil, registro de la propiedad, certificados de hacienda pública, registro de vehículos, etc.). Igualmente resultan idóneas, a fin de servir como *indicio* de insolvencia del deudor, aquellas resoluciones judiciales en que se despachó ejecución o apremio sin que en el embargo se hayan encontrado bienes del deudor⁷⁷⁸.

En suma, ni el tipo penal básico de alzamiento de bienes ni los otros tipos relativos a la insolvencia exigen para su existencia una investigación patrimonial del deudor o un agotamiento de la vía civil ejecutiva. Incluso me parece que desde el punto de vista victimodogmático sería una medida desproporcionada⁷⁷⁹. Es cierto que no puede desconocerse que por lo general uno de los cauces normales para llegar a conocer la situación de insolvencia será la iniciación de un procedimiento ejecutivo o de embargo. Sin embargo, el procedimiento de apremio no es un requisito obligatorio para la existencia o prueba del delito de alzamiento de bienes (al menos el del tipo básico del 257.1.1º), ya que la prueba de la comisión del delito se puede practicar por cualquier otra vía legalmente admitida.

⁷⁷⁷ STS núm. 1101/2007 de 27 de diciembre (RJ 2008\48); STS, núm. 732/2000, de 27 de abril (RJ 2000\3300); SAP Barcelona núm. 597/1998 de 9 de julio (ARP 1998\3735).

⁷⁷⁸ Esta medida también sirve para afirmar la existencia del presupuesto objetivo del concurso de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2.4 de la LC.

⁷⁷⁹ Véase el capítulo correspondiente a los deberes de autoprotección el acreedor.

He señalado al comienzo de este apartado que el concepto de insolvencia debe estar en estricta relación con la función de protección del derecho de crédito para que así el concepto de insolvencia y su alcance sean funcionales a la defraudación de las expectativas de cobro del acreedor. En este sentido, no resulta conveniente concebir un concepto inflexible de insolvencia a efectos penales como lo sería el de una insolvencia contable, pues la insolvencia debe estar dirigida a determinar normativa y materialmente la defraudación de la expectativa del acreedor.

En esta tarea, el legislador ha intentado especificar que también la apariencia de insolvencia tenga relevancia jurídico-penal. Una de las últimas novedades respecto al alzamiento de bienes fue la introducida por el tipo específico de alzamiento del art. 257.1.2º. Este tipo penal que castiga con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses dispone que comete alzamiento: *Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que, dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.*

Bajo tal perspectiva la insolvencia aparente constituye un concepto plenamente operativo y necesario para evitar una limitación disfuncional de los actos del deudor que defraudan expectativas de cobro pero que no constituyen al fin y al cabo una insolvencia real o efectiva del patrimonio. Permite evitar que conductas que contienen una total y absoluta lesividad material no sean punibles por el hecho de utilizar un concepto de insolvencia basado estrictamente en el aspecto contable⁷⁸⁰. Nótese que en este subtipo de alzamiento de bienes sólo tienen cabida actos de

⁷⁸⁰ En similar sentido VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de alzamiento de bienes*, 1998, p. 109

disposición patrimonial. Ello lleva a la conclusión de que ni la ocultación física ni la destrucción de bienes tienen cabida en esta modalidad específica de alzamiento⁷⁸¹. En realidad la conducta típica de ese subtipo de alzamiento sólo podrá realizarse a través de operaciones jurídicas consistentes en cualquier acto de «disposición patrimonial» o «generador de obligaciones».

A mi entender, los actos de alzamiento que producen la insolvencia del deudor pueden operar tanto en los propios bienes y derechos que forman la garantía patrimonial del deudor como *también en el valor de estos*⁷⁸². Se trata en estos casos de actos generadores de obligaciones sobre los bienes que se establecen como una barrera frente al acreedor a fin de evitar la satisfacción del derecho de crédito. Así, *la constitución de un gravamen* sobre los bienes que integran el patrimonio y que impide la eficacia de un embargo constituye una insolvencia típica, pues en definitiva, el acreedor difícilmente puede constatar la existencia del sustento material del derecho de crédito. Si la función de la norma del alzamiento de bienes es garantizar la vigencia de las expectativas de cobro del acreedor, tales expectativas se ven igualmente defraudadas cuando ni fáctica ni normativamente se puede satisfacer el derecho a través del cumplimiento por equivalencia. Ello puede ser debido a la constitución de un impedimento normativo como un gravamen sobre el bien que imposibilita todo ejercicio del derecho de crédito del acreedor. No obstante, debe determinarse con base en el riesgo permitido si el sentido de la conducta de imposición de un gravamen posee un sentido únicamente defraudatorio o si obedece a una decisión racional con base en

⁷⁸¹ Así también SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 388.

⁷⁸² Véase ORDUÑA MORENO, *La insolvencia*, 1994, p. 180. La cursiva es mía.

algún objetivo económico en el marco del criterio de una gestión económica ordenada.

Hacer imposible la satisfacción del derecho de crédito por medio de la insolvencia se logra ya sea actuando sobre los bienes (ocultándolos) como actuando sobre ellos alterando su valor o condición para servir a la función de garantía patrimonial. En otras palabras, se actúa sobre los propios bienes haciendo imposible la satisfacción normal del crédito⁷⁸³. Ello, siempre y cuando se realice a través de una disposición patrimonial o a través de un acto generador de obligaciones como lo es la constitución de un gravamen que haga imposible el cobro del crédito. En este último caso, la situación de constitución de una hipoteca en el inmueble que servía de patrimonio para satisfacer las expectativas de cobro, será el supuesto más común que tendrá cabida en el art. 257.1.2º.

Por último, me parece correcto afirmar que la solvencia de un patrimonio que se grava para impedir el ejercicio del derecho de cobro del acreedor constituye igualmente una forma de insolvencia real. Tal postura se viene aceptando en aquellos casos en que el deudor constituye una hipoteca a favor de un tercero y perjudica al acreedor que había puesto sus expectativas de cobro en el bien inmueble, pues en tal caso se da lugar a la realización de un delito de alzamiento de bienes⁷⁸⁴. Por ejemplo, al momento de querer satisfacer el crédito, el acreedor se encuentra con la existencia de un gravamen como la hipoteca que impide o dificulta cualquier posibilidad de cobro. De esta forma, la solvencia que representaba el inmueble frente al acreedor ha desaparecido.

⁷⁸³ Cfr. BACIGALUPO, *Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*, 1970, pp. 91 y 94.

⁷⁸⁴ En el mismo sentido SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 273.

Efectivamente, aun cuando el deudor posea formalmente bienes dentro de su patrimonio si estos han sido sustraídos jurídicamente de su función de garantía patrimonial a través de gravámenes en cuya constitución se observe un único sentido fraudulento de defraudar expectativas de cobro, cabe sostener entonces que el deudor ha creado, de un punto de vista normativo, una *efectiva* insolvencia frente a su acreedor.

CAPÍTULO IV

LA COMISIÓN POR OMISIÓN DEL DEUDOR

I. LA IDENTIDAD ESTRUCTURAL Y MATERIAL ENTRE LA OMISIÓN Y LA COMISIÓN ACTIVA DEL RESULTADO DE INSOLVENCIA

Como se ha visto anteriormente, la discusión sobre la comisión por omisión en el alzamiento de bienes y en todos los delitos de insolvencia se ha delimitado inexplicablemente a tres casos concretos; el deudor que omite declarar bienes en el momento en que se le practica un embargo; el deudor que no acepta la herencia; y la omisión del deudor de llevar una contabilidad mercantil. Así mismo, se pudo observar que la aceptación o negación de la comisión por omisión por parte de la doctrina se ha basado en la afirmación o negación de la existencia de un deber legal extra-penal de actuar del deudor. Con base en ello se ha rechazado por la doctrina ampliamente dominante la comisión por omisión del deudor tanto en el delito de alzamiento de bienes como en el resto de los delitos de insolvencia. Al respecto, creo haber puesto de manifiesto que detrás de los razonamientos de la opinión ampliamente mayoritaria se encuentra una estructura de imputación de la omisión del deudor basada en los postulados de la teoría formal del deber jurídico⁷⁸⁵. El dato revelador de la discusión de la comisión por omisión del alzamiento de bienes es que la estructura argumentativa de la negación de la posición de garante del deudor se basa en la fórmula *no-deber extra-penal* de actuar del deudor: *no posición de garante*. En otras palabras, para la doctrina dominante sin deber de actuar del deudor, no hay posición de garante y, en consecuencia,

⁷⁸⁵ Véase las página 205 y siguientes.

no cabe aceptar posibilidad alguna de imputar al deudor la no evitación de su insolvencia.

En el planteamiento que aquí defiendo, la interpretación de los tipos se ha de realizar desde una perspectiva normativa según la cual el fundamento de la responsabilidad penal del deudor es la vulneración de un deber negativo. Al mismo tiempo, se parte de la premisa de que los verbos típicos no son meras descripciones causales, sino que poseen un sentido de *atribución de responsabilidad* y no un sentido de mera causación de resultados⁷⁸⁶. Para continuar con este planteamiento sobre la posición de garante del deudor en el alzamiento de bienes es necesario advertir una distinción fundamental entre deberes negativos y positivos de la cual aquí se parte. Me refiero al hecho de que la infracción del deber negativo puede llevarse a cabo por la vulneración de una prohibición (por acción) pero también por la vulneración de un mandato (por omisión). Del principio *neminem laedere* emana para su destinatario tanto una prohibición (no organices más allá de un riesgo permitido) como un mandato (evita que tu organización se vuelva peligrosa para terceros)⁷⁸⁷. De ello deriva la conclusión de que «todos tienen que asegurar su propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido»⁷⁸⁸.

Si bien existe en apariencia un «mandato» dirigido al sujeto de evitar que la organización de su libertad lesione a un tercero, el fundamento de ello sigue siendo la existencia de un deber negativo de no lesionar y no un

⁷⁸⁶ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 169 y ss.; EL MISMO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. I, 1999, p. 453.

⁷⁸⁷ Véase JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 2001, pp. 11 y ss.

⁷⁸⁸ JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, 1994, p. 14.

deber positivo de hacer algo en «ayuda» de ese tercero. Al igual que la realización de una acción pudiera ser vista como una infracción de una prohibición, detrás de esta apariencia, el fundamento normativo de lo infringido es la lesión de un deber negativo de no dañar. En efecto, lo que ocurre es que la *apariencia externa* del cumplimiento del deber negativo puede ser observada como prohibición o como mandato y así su vulneración ser vista como la vulneración de una prohibición o de un mandato de actuar⁷⁸⁹.

Sin embargo, de la afirmación de que el deber negativo se pueda vulnerar por omisión no cabe concluir que toda omisión de quien se encuentre en un estatus general será punible idénticamente como si hubiese producido el resultado del delito en comisión activa. La no evitación de un resultado no es *per se* equivalente a su producción en comisión activa. Para que una omisión sea castigada de igual modo que la comisión activa, la omisión tiene que mostrar la misma estructura que la comisión activa⁷⁹⁰. Sólo de esta forma se evita vulnerar el principio de legalidad que, en virtud del art. 11 del CP, exige afirmar la equivalencia de la omisión a la acción según el sentido del texto de la Ley. Efectivamente, tal como ha señalado ROBLES PLANAS en relación a las tensiones entre la dogmática penal y la Parte Especial del Derecho penal, la solución dogmática que se propone al interpretar un tipo penal no puede desvincularse de la letra de la Ley si pretende producir efectos en una praxis regida por el principio de legalidad⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ Véase las páginas 228 y siguientes.

⁷⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 471.

⁷⁹¹ ROBLES PLANAS, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS*, 2010, p. 135.

Señalado lo anterior, para afirmar esta equivalencia estructural de la omisión a la comisión activa sigo aquí la tesis restrictiva que viene sosteniendo desde hace casi tres décadas SILVA SÁNCHEZ y cuyos planteamientos se encuentran hoy en día más vigentes que nunca⁷⁹². En breves palabras, en el planteamiento del citado autor sólo constituye comisión por omisión aquella omisión que sea *estructural y materialmente idéntica, en el plano normativo, a la comisión activa*⁷⁹³. Esta identidad estructural y material se da bajo la actual regulación del artículo 11 del CP cuando previamente a la omisión existe por parte del sujeto una *voluntaria integración del riesgo concreto en su esfera de organización*. Sólo puede hablarse de una equivalencia según el sentido del texto de la Ley cuando se «ha asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados», lo que sumado a la posterior vulneración de este compromiso constituye comisión por omisión⁷⁹⁴.

De acuerdo a lo anterior, el núcleo de la estructura de la comisión por omisión consiste en que *mediante un contacto entre dos esferas de organización, una de ellas se extiende e incorpora de manera voluntaria aspectos concretos de otra esfera de organización*. De esta forma surge un compromiso de actuar para evitar la lesión de los

⁷⁹² Véase al respecto SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003; EL MISMO, en *Problemas específicos de la aplicación del código penal*, 1999, p. 164 y ss.; EL MISMO, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN *et al* (eds.), *FS für Claus Roxin*, 2001, p. 648.

⁷⁹³ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 465.

⁷⁹⁴ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 471; EL MISMO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. I, 1999, p. 462 y ss.

elementos asumidos de la otra esfera por la no adopción de las medidas correspondientes de protección⁷⁹⁵.

II. TOMA DE POSTURA. SOLUCIÓN DE CASOS PROBLEMÁTICOS

En virtud de los planteamientos que se han señalado, cabe afirmar en mi opinión que en todos los casos en los cuales el deudor configura una relación jurídica previa con su acreedor existe el surgimiento de un compromiso del deudor de evitar su propia insolvencia. Dicho vínculo entre deudor y acreedor constituye normativamente una asunción voluntaria y exclusiva por parte del deudor del control y del deber de aseguramiento del derecho de crédito del acreedor frente al riesgo de insolvencia que amenace su patrimonio.

Se trata de la asunción material de una *posición de exclusividad para la gestión del propio patrimonio*, que es justamente allí, en el patrimonio del potencial autor, donde el acreedor pone sus expectativas de cobro. De tal forma que, si posteriormente al origen del vínculo el deudor no evita dolosamente su insolvencia, debe sostenerse que ese omiso aseguramiento de la propia esfera del deudor por la no adopción de las medidas de cuidado necesarias posee una identidad estructural y valorativa con la producción activa de la insolvencia.

Sentado lo anterior, cabe advertir que el acto de asunción del deudor no debe entenderse por el simple hecho de celebrar un contrato con el acreedor. No se trata de una posición de garantía por la existencia de un deber emanado de un contrato. Piénsese por lo demás que la mayoría de los contratos son innominados y no hace falta que exista un documento escrito para vincular a dos esferas como acreedor y deudor.

⁷⁹⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 472 y ss.

Ello viene ratificado por el propio Derecho civil en el cual se reconoce que no sólo de una expresa declaración de voluntad nace la relación obligatoria entre dos partes, sino que también nace en virtud del comportamiento o de hechos concluyentes de ellas, a los cuales el ordenamiento jurídico, según la valoración social que realiza, liga el nacimiento de obligaciones⁷⁹⁶. La existencia del contrato es sólo una prueba del vínculo pero no el fundamento del deber de no dañar del deudor.

Efectivamente, estimo que debe aceptarse que el deudor ha asumido normativamente el compromiso de protección de su patrimonio por cuanto una afectación de sus bienes produce normativamente una lesión en la esfera jurídica del acreedor. En casos como el de la relación acreedor-deudor cabe afirmar que se trata de un caso de *asunción tácita*⁷⁹⁷. Esta asunción tácita se da por el contexto de la relación normativa entre acreedor y deudor así como por la integración del deudor en su propia esfera del riesgo de lesión del derecho de crédito del acreedor. De esta forma, es el deudor omitente quien, a partir de la asunción del riesgo de lesión de un bien jurídico en su propia esfera, gestiona los medios de protección de ese bien jurídico del acreedor. En virtud de ello, la omisión de la prestación necesaria para resguardar ese bien jurídico del riesgo de insolvencia que le amenace es la que no evita la lesión al acreedor.

Cuando me refiero a la gestión del patrimonio a cargo del deudor hago referencia al dominio normativo que posee el deudor del elemento material o patrimonial donde están situadas las expectativas de cobro del acreedor, esto es, al conjunto de bienes que le proporcionan valor material

⁷⁹⁶ Véase DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil*, 6ª ed., vol. II, 2008, p. 168.

⁷⁹⁷ Véase respecto a los casos de asunción tácita DOPICO, *Omisión e injerencia en derecho penal*, 2006, p. 756.

y funcionalidad al derecho de crédito del acreedor. Ahora bien, en el supuesto en que el deudor nombre a un tercero administrador de sus bienes entonces nos encontraremos ante un caso de delegación de la posición de garantía y habrá que recurrir a las estructuras de imputación que dicen relación con la institución de la delegación.

Volviendo al fundamento de la responsabilidad del deudor, cabe hacer presente que el resultado de insolvencia que tiene lugar por la no prestación de aquellas medidas necesarias para controlar o rechazar el riesgo de insolvencia (omisión), no deriva de la infracción de un mandato ni de la vulneración de un deber positivo. Ello se debe a que la responsabilidad del deudor con respecto al acreedor es por la vulneración de un deber negativo⁷⁹⁸. Cabe recordar al respecto que la omisión es una forma de organización de la propia esfera y debido a la asunción previa del control de un riesgo, sumado a su posterior no neutralización constituye una forma de lesionar el deber negativo que recae en el deudor⁷⁹⁹.

De acuerdo a lo que aquí se sostiene, lo que ocurre en el alzamiento de bienes así como en el delito de insolvencia fraudulenta del art. 260 del CP es que su propia estructura normativa se configura como una integración voluntaria de las expectativas de cobro del acreedor en la esfera jurídica

⁷⁹⁸ La excepción de ello, esto es, la responsabilidad del deudor por un deber positivo tiene lugar cuando este último es nombrado depositario de los bienes embargados, pasando a ocupar una posición jurídica de quasi-funcionario de la administración de justicia. Véase las páginas 256 y siguientes.

⁷⁹⁹ La asunción del control de un riesgo, seguida de un posterior no neutralización de dicho riesgo es una de las vías por las cuales se pueden infringir los deberes negativos, Véase SILVA SÁNCHEZ, «Interrupción de cursos causales salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación», en ARS IVDICANDI, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, 2009, p. 983.

del deudor⁸⁰⁰. Como se trata de un derecho de crédito cuyo soporte es materialmente el patrimonio del deudor, la afectación por tanto de tal soporte material ocasiona la defraudación de las expectativas de cobro del acreedor. De este modo, para evitar daño al acreedor debe evitarse el daño a su soporte material. Ello se consigue por parte del deudor asegurando su propia esfera frente al riesgo de insolvencia que amenace. En este sentido, la no evitación de la producción de su insolvencia constituye una infracción del deber de aseguramiento del deudor, esto es, una infracción del deber negativo.

De acuerdo a la postura que aquí propongo, en virtud de la configuración del alzamiento de bienes y debido a su estructura normativa, el deudor se constituye como el único *competente para asegurar la protección de las expectativas de cobro del acreedor*, ya que ha integrado en su propia esfera de dominio el control del riesgo de insolvencia que ocasiona el perjuicio al acreedor. Así, el deudor al ser *titular de la configuración de su ámbito de libertad* y al incorporar en su esfera parte del patrimonio de un tercero en forma de expectativas de cobro jurídicamente garantizadas, *excluye a este tercero (su acreedor), del dominio sobre sus elementos patrimoniales*.

Debido a la asunción, el deudor debe gestionar y velar por una situación de seguridad del bien jurídico del acreedor. En efecto, quien asume la administración de un bien jurídico traslada a la propia esfera de organización el deber de evitar que el riesgo que le amenace le dañe. Así, una vez que se ha integrado el derecho de crédito en el propio patrimonio,

⁸⁰⁰ Ello es aplicable también a los delitos que tengan a la insolvencia fraudulenta como núcleo del injusto. Cabe aclarar esto porque los tipos del art. 257 y siguientes están agrupados bajo el capítulo denominado insolvencia punibles”, no todos los delitos tienen a la insolvencia como fundamento de su incriminación. Así por ejemplo, el tipo penal del art. 261 tipifica un delito que posee una estructura de falsedad documental y no propiamente de insolvencia.

la administración del peligro que le amenace implica la toma de medidas adecuadas para su cuidado⁸⁰¹. Ahora bien, en el caso de los delitos de insolvencia es el deudor quien asume la seguridad o integridad del derecho de crédito del acreedor; él es el competente de la administración de la situación de seguridad de ese derecho de crédito ajeno. Por medio del acto de asunción e integración del derecho de crédito del acreedor en su propio patrimonio, el deudor se convierte en el único garante o *dominus* del sustento y soporte del derecho de crédito.

El efecto de la asunción del deudor de la gestión de los peligros que puedan amenazar al derecho de crédito del acreedor no es otro que la modificación de la situación de seguridad de aquella parte del patrimonio del acreedor incorporada a la esfera del deudor. Ello implica la renuncia por parte del acreedor a cualquier posibilidad de evitación del peligro para su propio patrimonio. Aquí lleva razón lo que señalara BINDING acerca del hecho de que toda asunción de funciones de protección del garante mejora la situación del bien jurídico, pero también la empeora al provocar la confianza del titular del bien jurídico y el abandono de este de cualquier otra forma de protección⁸⁰². Por ello el acreedor, dada la competencia exclusiva y excluyente del deudor en su propio ámbito de organización, resulta ser el más desprotegido de todos los sujetos que confían en terceros la administración de su patrimonio. Debido a la integración de las expectativas de cobro en la esfera del deudor, el acreedor se encuentra en una posición que no solo ve una significativa disminución de sus posibilidades de autoprotección, sino que en realidad supone un abandono de la expectativa de cobro por pasar ésta a estar completamente en manos

⁸⁰¹ PERDOMO TORRES, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, 2008, p. 203.

⁸⁰² BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2ª ed., t.II, 1914, p. 576.

y dominio del deudor. Por esta razón el deudor, para evitar la lesión del deber negativo que tiene respecto a su acreedor, debe cumplir con un deber de aseguramiento de su patrimonio cuando le amenace la incapacidad de responder frente a sus acreedores⁸⁰³.

En otras palabras, y con base en lo que he señalado hasta aquí, cabe concluir que aquellas situaciones de *omiso aseguramiento del propio patrimonio que permiten la realización del riesgo típico de insolvencia, corresponden a casos en los cuales cabe afirmar la identidad estructural y normativa con la comisión activa del alzamiento de bienes*. Llegados a este punto, debe señalarse respecto a aquellas constelaciones de casos nuevos que he planteado y que no tienen solución bajo la óptica formalista de la doctrina mayoritaria que existe también una infracción del deber negativo del deudor de no dañar a su acreedor a través de la vulneración del deber de aseguramiento. Tal situación de omiso aseguramiento da lugar a una responsabilidad del deudor por delito de alzamiento de bienes en comisión por omisión⁸⁰⁴. Dicho de otra manera, la no evitación dolosa de la insolvencia por la falta de adopción de medidas de aseguramiento del patrimonio, equivale a la comisión activa de la insolvencia típica por parte del deudor en virtud del delito de alzamiento de bienes.

Respecto a los supuestos que he formulado en este trabajo cabe afirmar que no evitar dolosamente el robo del lujoso vehículo que compone todo el patrimonio realizable constituye una vulneración del deber de aseguramiento por parte del deudor. Ello no es más que un actuar precedente doloso en virtud de un acto organizativo voluntario respecto

⁸⁰³ El deber de evitar la insolvencia del deudor es entendido expresamente como deber de aseguramiento por JAKOBS. Véase al respecto JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 975.

⁸⁰⁴ Véase la constelación de casos señalados en las páginas 210 y siguientes.

del resultado de insolvencia que acaba finalmente produciéndose con el robo del vehículo. Lo mismo acontece en el caso del inmueble que posee el deudor que constituye su único patrimonio. En este caso, referido a la destrucción del inmueble como forma de producir la insolvencia, se trata igualmente de un supuesto de vulneración dolosa del deber de aseguramiento del inmueble cuando a este último le amenaza su destrucción por parte de terceros. Este caso también constituye un caso de no adopción de las medidas necesarias para la evitación de la producción de la insolvencia.

Efectivamente, si el deudor ha puesto el inmueble como garantía de pago al acreedor y este representa todo su patrimonio realizable, es decir constituye su garantía patrimonial universal, el acreedor tiene en primer lugar la expectativa mínima de que el deudor no producirá su insolvencia mediante la destrucción del bien por acción. Pero también debe afirmarse que existe una expectativa normativa de que el deudor evitará la destrucción del inmueble tomando las medidas que amenacen con su destrucción. Se trata en definitiva de cumplir con el deber de organizar la propia esfera de manera que no lesione a otro y, en este caso, esa organización lesiva consiste en la omisión de medidas de aseguramiento de la esfera jurídica en la cual se encuentra el inmueble. En el caso de del inmueble y su destrucción por el grupo de “Okupas”, hay por parte del deudor un conocimiento e incluso voluntad de la realización de un riesgo penalmente relevante de insolvencia a través de la vulneración del aseguramiento del inmueble.

Esta situación en que el deudor permite la destrucción de sus bienes por parte de terceros es idéntica (estructural y materialmente) a que dicha destrucción la realice el propio deudor. Preguntarse si el deudor realizó o no realizó un movimiento corporal que produjo su insolvencia típica es

mirar el problema del comportamiento del deudor desde lo fenotípico. Por el contrario, desde el punto de vista normativo (el aquí relevante) ha de preguntarse más bien si la omisión constituye una organización no permitida de la libertad del deudor y si se da identidad estructural y material con la comisión activa. Tanto el uso no permitido de la libertad del deudor como la identidad entre la omisión y la comisión activa concurren en mi opinión en este último supuesto analizado.

De igual forma, concurre responsabilidad en comisión por omisión del deudor en virtud del delito de alzamiento de bienes en aquel supuesto en que *no se exigen los legítimos beneficios que correspondan*, por ejemplo, a un tercero que explota un derecho o marca que posea el deudor y éste último no evita su insolvencia al no exigir el canon respectivo. Efectivamente, si al deudor le amenaza la ruina y omite dolosamente el cobro del legítimo beneficio a que tiene derecho, se trata de una situación en que el deudor no adopta una medida exigible, infringiendo dolosamente el compromiso de actuar frente al riesgo de insolvencia.

La misma estructura se presenta cuando *el deudor omite toda medida de aseguramiento de su patrimonio permitiendo la destrucción de la cosecha*. Lo mismo cabe afirmar respecto al supuesto en que amenazándole un riesgo de insolvencia, *el deudor no revoca las donaciones automáticas* mediante el mecanismo bancario que mes a mes las llevaba a cabo.

En definitiva, detrás de todos estos casos que he puesto de manifiesto *se observa una estructura de omisos aseguramientos dolosos a través de actos organizativos voluntarios del deudor*. A saber, una vulneración del compromiso de actuar tomando las medidas necesarias que eviten el resultado de insolvencia. En efecto, si el deber del deudor en un estatus general es el de organizar su esfera dentro del riesgo permitido ¿Acaso la

no evitación dolosa de la insolvencia (omisión) no constituye una organización no permitida de la libertad del deudor? ¿No se irroga un claro perjuicio al acreedor cuando luego de la asunción, y a través de una omisión dolosa del aseguramiento del propio patrimonio, no se controla el riesgo típico de insolvencia?

Debe superarse la búsqueda de la posición de garante del deudor en la existencia de un deber especial de realizar un movimiento corporal. Si el núcleo jurídico-penalmente relevante radica en la defraudación de las expectativas de cobro del acreedor mediante la producción dolosa de la insolvencia, debe aceptarse que también determinadas omisiones, al no contener el riesgo típico de insolvencia que amenaza son equiparables material y estructuralmente a la comisión activa.

Ahora bien, casos como *el rechazo del deudor de una ventajosa inversión* de un tercero o rechazar un trabajo para presentarse insolvente frente al acreedor ¿Constituyen vulneraciones de deberes positivos o dichas actuaciones siguen dentro de un ámbito de deberes negativos? En realidad, me parece que estos casos en que aparentemente pudiera observarse ciertos deberes positivos, deben ser reconducidos a la estructura de la comisión por omisión, pues corresponden a formas de organizar la propia esfera bajo un estatus general. Por ello, la solución a estos últimos supuestos es la misma que poseen los casos de la omisión del aseguramiento del robo del vehículo como en la destrucción del inmueble. Respecto a esto último cabe realizar una distinción entre expectativas de cobro inmediatas y futuras. La aceptación de una futura inversión o de un negocio que mejore el patrimonio del deudor cuando le amenace una insolvencia constituye una expectativa futura que el ordenamiento jurídico sí le garantiza normativamente al acreedor. Desde la otra cara de la moneda, cabe afirmar que sí le es exigible al deudor

llevar a cabo estos comportamientos activos de aceptar la herencia o aceptar el negocio que le propone un tercero cuando sea para evitar la insolvencia que le amenace.

En mi opinión, parece bastante difícil configurar una sociedad en la cual un acreedor contrate con una persona de quien puede esperarse, sin consecuencia alguna, que rechace un cuantioso negocio o inversión cuando su patrimonio peligre, ya que al tiempo que peligran el patrimonio del deudor y la expectativa de cobro del acreedor. En realidad, cabe más bien sostener que todo acreedor tiene la expectativa normativa de que el deudor no rechazará aquellos negocios que le ayuden a evitar la insolvencia o a mantener su esfera jurídica libre de dicho. Señalado ello, debe sostenerse que el ordenamiento jurídico asegura así mismo a todo acreedor la expectativa de que su deudor *sí cobrará el billete premiado* de lotería dentro del plazo para evitar la ruina que le amenaza a fin de evitar el daño y perjuicio a su acreedor.

Ello, pues en este último caso referido al no cobro del billete de lotería premiado, si volviésemos a los fundamentos de la doctrina dominante se hace evidente una solución insatisfactoria, ya que para afirmar la comisión por omisión del deudor habría que salir a la búsqueda de un deber del deudor de cobrar los premios para evitar perjudicar a los acreedores. Evidentemente, tal deber no existe en ninguna norma jurídica extra penal. Sin embargo, sí existe como fundamento de la responsabilidad penal el deber negativo de no dañar. En virtud de él, el deudor debe evitar que la organización de su esfera, ya sea actuando u omitiendo, genere o no contenga, un riesgo que amenace al tercero acreedor.

Por otra parte, la expectativa futura que tiene el acreedor puede desprenderse desde la misma óptica de la norma que contiene el art. 1911 del CC. En efecto, esta norma señala que el deudor responde de sus

obligaciones con sus bienes presentes, pero *también con sus bienes futuros*. De ello ha de concluirse que la expectativa normativa garantizada del acreedor le exige al deudor no sólo asegurar su patrimonio frente a los riesgos presentes al momento de vincularse con su acreedor, sino que el deudor debe también llevar a cabo aquellas conductas que eviten los riesgos de empeoramiento futuro de su patrimonio.

Por el contrario, no parece ser exigible normativamente al deudor que, cuando le amenace la ruina, deba por ejemplo contraer matrimonio con una mujer millonaria que se lo propone cómo única forma de evitar su insolvencia. Ello, porque no puede afirmarse que contraer matrimonio forme parte de las expectativas normativas inmediatas o futuras del vínculo normativo que genera el acreedor con su deudor. En estos casos límites se debe recurrir a criterios de inexigibilidad. Por otra parte, afirmar que el deudor que no se casa con la mujer millonaria comete una comisión por omisión cuando no evita su insolvencia representaría, desde un punto de vista político criminal, una restricción de la libertad del deudor intolerable. Una situación como ella tendría como consecuencia una reducción de los contactos económicos y un aumento del coste de ellos debido a la pesada carga que ha de soportar todo deudor al saber que le será exigible jurídicamente realizar hechos tan trascendentes para la propia personalidad como contraer matrimonio para evitar su ruina.

En definitiva, bajo la propuesta aquí sostenida, todos aquellos casos que consistan en omisos aseguramientos dolosos de la propia esfera de organización que permitan la realización del riesgo de insolvencia en el patrimonio del deudor constituyen casos de producción de la insolvencia en comisión por omisión. Ello da lugar a responsabilidad penal por alzamiento de bienes en comisión por omisión. Se trata en el fondo de la

imputación del resultado de insolvencia al deudor que se ha limitado a no evitarla.

CONCLUSIONES

1. El fundamento de la responsabilidad en el delito de alzamiento de bienes, así como en todos los delitos de insolvencia, lo constituye la vulneración del deber negativo que recae en el deudor. Todo deudor tiene el deber de no dañar a su acreedor. Ello tiene lugar cuando el deudor amplía su esfera de organización al arrogarse de manera no permitida la esfera de libertad del acreedor mediante la producción de la insolvencia. La excepción a ello, esto es, la responsabilidad por la vulneración de un deber positivo tiene lugar en el caso del deudor que es nombrado depositario de los bienes embargados, pues en tal supuesto el deudor pasa a ocupar una posición jurídica de quasi-funcionario de la administración de justicia. Sin embargo, la responsabilidad del deudor por la afectación de los bienes embargados será reconducida de acuerdo a las normas del delito de malversación. Se tratará de un caso de concurso aparente de normas penales que se resuelve por la vía de la aplicación del principio de consunción a favor del delito de malversación.
2. El bien jurídico protegido tanto en el delito de alzamiento de bienes como en otros tipos penales de insolvencia está constituido exclusivamente por el aspecto patrimonial individual del acreedor. Desde el punto de vista normativo que aquí se sigue, lo protegido en el alzamiento de bienes es la expectativa normativa de cobro que le garantiza el ordenamiento jurídico al acreedor para obtener del patrimonio del deudor la satisfacción del crédito. Las tesis supraindividuales no llegan a convencer de la existencia de un

aspecto supraindividual en el objeto de protección tanto en el alzamiento de bienes como en otro delito de insolvencia.

3. El tipo penal del alzamiento de bienes es un tipo de resultado y de lesión. No está configurado como delito de peligro abstracto ni tampoco como delito de peligro concreto. Por un lado, existen sólidas razones de política criminal que impiden considerarlo bajo la forma de un delito de peligro abstracto; por otro existen motivos estructurales propios de la dogmática de los delitos de peligro concreto que imposibilitan comprender el tipo de alzamiento bajo esta última forma delictiva. Al ser un tipo de resultado, éste está formado por la insolvencia que produce el comportamiento del deudor.
4. La conducta típica de alzamiento consiste en cualquier acción u omisión idónea para producir un resultado de insolvencia objetivamente imputable al deudor. Lo relevante no es la forma de la acción, sino la defraudación normativa de las expectativas de cobro que viene dada por la situación de insolvencia fraudulenta del deudor. Con este concepto, se expresa el *sentido fundamental* del delito y que dice relación con el hecho de defraudar expectativas de cobro del acreedor, ya sea a través de una ocultación de bienes, de una destrucción de ellos o por otro medio idóneo que dé lugar a una insolvencia del deudor objetivamente imputable. La afirmación de que la insolvencia sea objetivamente imputable quiere decir que la insolvencia sea la consecuencia de un comportamiento del deudor que ha superado el nivel del riesgo permitido.

5. El tipo subjetivo del delito de alzamiento de bienes está compuesto únicamente por el dolo típico. La expresión «en perjuicio» que recoge el tipo básico del art. 257.1.1º no constituye un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. Por el contrario, tal expresión constituye un resultado material objetivo que está representado por la insolvencia del deudor. Por lo demás, es admisible la imputación subjetiva bajo la modalidad del dolo eventual.

6. La consumación del delito de alzamiento de bienes se produce con el resultado de insolvencia. La consumación no concurre al momento del vencimiento del crédito. Ello, porque de acuerdo al ordenamiento jurídico en virtud de la institución jurídica-civil del vencimiento anticipado de la obligación y de la libertad de las partes al contratar, pueden existir perfectamente situaciones en que se dé un vencimiento del crédito y que el deudor no se encuentre en situación de insolvencia frente a su acreedor. Como se ha podido observar en este trabajo, el vencimiento del crédito no siempre se produce temporalmente después de la insolvencia. Por el contrario, puede ocurrir que el vencimiento del crédito tenga lugar antes que la insolvencia. Por ello, entre otras razones, debe llegarse a la conclusión de que el vencimiento del crédito no puede ser el elemento que determine la consumación del delito. La existencia de una institución jurídica como el vencimiento anticipado de la obligación por insolvencia del deudor ratifica ésta última constituye el completo ataque a la expectativa de cobro jurídicamente garantizada del acreedor.

7. La determinación del comportamiento típico del deudor debe ser realizada mediante la utilización de la teoría de la imputación objetiva a fin de superar el modelo subjetivista de la doctrina y jurisprudencia dominante. Ello se logra mediante la utilización del criterio normativo de la gestión económica ordenada, debida o razonable del propio patrimonio y mediante la implementación de distintos modelos normativos de conducta del deudor que permiten de manera objetiva y normativa determinar los espacios de libertad de organización jurídicamente garantizados al deudor.
8. La insolvencia constituye el resultado típico del delito de alzamiento de bienes. La insolvencia se entiende aquí como aquella incapacidad patrimonial real o aparente objetivamente imputable al deudor que no le permite hacer frente a las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones derivadas del art. 1911 del CC. La denominada insolvencia aparente constituye un concepto funcional para el alzamiento de bienes y es una modalidad idónea para defraudar expectativas de cobro. Debe afirmarse que la insolvencia aparente constituye una insolvencia típica. Efectivamente, aun cuando el deudor posea bienes suficientes bajo su dominio, si estos están ocultos a las acciones de sus acreedores el deudor está de todas formas frente a ellos realmente insolvente.
9. En contra de la opinión dominante, aquí defiendiendo la posibilidad cierta de afirmar una posición de garante del deudor e imputar el delito de alzamiento de bienes en comisión por omisión. Como he planteado en este trabajo, la estructura propia del alzamiento de bienes constituye una asunción voluntaria por parte del deudor del

riesgo de lesión para las expectativas de cobro del acreedor. Debido a la posición de exclusividad del deudor para la gestión de su propio patrimonio recae en él el deber de evitar la producción de su insolvencia. De lo contrario, el deudor vulnera mediante la modalidad omisiva el deber negativo de no dañar a su acreedor. Sólo el deudor es el garante que gestiona los peligros que puedan amenazar al derecho de crédito del acreedor. Por ello y basándose en criterios normativo-materiales, cabe afirmar que aquellas situaciones de omiso aseguramiento del propio patrimonio que permiten la realización del riesgo típico de insolvencia, corresponden a casos en que existe una identidad estructural y normativa con la comisión activa del alzamiento de bienes.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Penal

ATS de 26 de octubre de 2001 (RJ 2002\404). Ponente Joaquín García Delgado

STS núm. 228/2013 de 22 de marzo (Roj STS 1919/2013) (Nº de Recurso 11045/2012) (Nº de resolución 228/2013). Id. Cendoj (28079120012013100314). Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

STS núm. 217/2013 de 13 de marzo (EDJ 2013/32660). Ponente Luciano Varela Castro.

STS núm. 723/2012 de 2 de diciembre (EDJ 2012\228176). Ponente Alberto Jorge Barreiro.

STS núm. 1388/2011 de 30 de noviembre (RJ 2012\1817). Ponente Julián Sánchez Melgar.

STS núm. 424/2012 de 30 de mayo (RJ 2012\6576). Ponente Andrés Martínez Arrieta.

STS núm. 440/2012 de 25 de mayo (RJ 2012\9045). Ponente Antonio del Moral García.

STS núm. 286/2010 de 6 de abril (RJ 2010\4852). Ponente José Antonio Martín Pallín.

STS núm. 684/2009 de 15 de junio (RJ 2009\6644). Ponente Luis Román Puerta.

STS núm. 1101/2007 de 27 de diciembre (RJ 2008\48). Ponente Diego Antonio Ramos Gancedo.

STS núm. 1117/2007 de 28 de noviembre (RJ 2008\550). Ponente Siro Francisco García Pérez.

STS núm. 1026/2006 de 26 de octubre (RJ 2006\9360). Ponente José Ramón Soriano Soriano.

STS núm. 771/2006 de 18 de julio (RJ 2006\6301). Ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

STS núm. 517/2006 de 4 de mayo (RJ 2006\9596). Ponente Luis Román Puerta.

STS núm. 19/2006 de 19 de enero (RJ 2006\542). Ponente Andrés Martínez Arrieta.

STS de 5 de julio de 2005 (RJ 2005\5334). Ponente Julián Sánchez Melgar.

STS núm. 853/2005 de 30 de junio (RJ 2005\6646). Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

STS núm. 192/2008 de 18 de febrero (RJ 2005\5215). Ponente José Ramón Soriano Soriano.

STS núm. 1117/2004 de 11 de octubre (RJ 2004\8003). Ponente Joaquín Delgado García.

STS núm. 165/2004 de 10 de febrero (RJ 2004\1618). Ponente Joaquín Giménez García.

STS núm. 1347/2003 de 15 de octubre (RJ 2003\7756). Ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

STS núm. 1203/2003 de 19 de septiembre (RJ 2003\6853). Ponente Luís Román Puerta

STS núm. 989/2003, de 4 de julio (RJ 2003\5913). Ponente Julián Sánchez Melgar.

STS núm. 690/2003 de 14 de mayo (RJ 2003\4410). Ponente José Ramón Soriano Soriano.

STS núm. 161/2003 de 6 de febrero (RJ 2003\2367). Ponente Carlos Granados Pérez.

STS núm. 2219/2001 de 27 de noviembre (RJ 2002\12842). Ponente Eduardo Móner Muñoz.

STS núm. 2212/2001 de 27 de noviembre (RJ 2002\72). Ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón.

STS núm. 1943/2002 de 15 de noviembre (RJ 2002\10484). Ponente Carlos Granados Pérez.

STS núm. 440/2002 de 13 de marzo (RJ 2002\4929). Ponente Joaquín Martín Canivell.

STS núm. 1757/2002, de 25 de octubre (RJ 2002\10850). Ponente José Aparicio Calvo-Rubio.

STS núm. 667/2002 de 15 de abril (RJ 2002\667) Diego Antonio Ramos Gancedo.

STS núm. 388/2002 de 28 de febrero (RJ 2002\3913). Ponente Carlos Granados Pérez.

STS núm. 870/2001 de 16 de mayo (RJ 2001\2722). Ponente Andrés Martínez Arrieta.

STS núm. 152/2001 de 31 de enero (RJ 2001\385). Ponente Carlos Granados Pérez.

STS núm. 1805/2000, de 26 de diciembre (RJ 2000\10321). Ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón.

STS núm. 1827/2000 de 29 de noviembre (RJ 2000\9529). Ponente Enrique Bacigalupo Zapater.

STS núm. 1508/2000 de 28 de septiembre (RJ 2000\8263). Ponente Diego Antonio Ramos Gancedo.

STS núm. 1055/2000 de 16 de junio (RJ 2000\6310). Ponente José Antonio Martín Pallín.

STS núm. 875/2000 de 19 de mayo (RJ 2000\4898). Ponente Joaquín Jiménez García.

STS núm. 732/2000 de 27 de abril (RJ 2000\3306). Ponente Joaquín Delgado García.

STS núm. 562/2000 de 31 de marzo (RJ 2000\3488). Ponente Joaquín Sánchez Melgar.

SAP Barcelona núm. 597/1998 de 9 de julio (ARP 1998\3735). Ponente Javier Arzua Arrugaeta.

STS núm. 411/1998 de 23 de marzo (RJ 1998\4080). Ponente Enrique Bacigalupo Zapater.

STS núm. 33/1998, de 24 de enero (RJ 1998\89). Ponente Enrique Bacigalupo Zapater.

STS de 17 de octubre de 1981 (RJ 1981\3666). Ponente José Hijas Palacios.

STS de 24 de octubre de 1979 (RJ 1979\3747). Ponente José Hijas Palacios.

Jurisprudencia Civil

STS núm. 510/2012 de 7 de septiembre (RJ 2013\2265). Ponente Francisco Javier Orduña Moreno.

SAP de Salamanca núm. 552/2012 de 22 de octubre (JUR 2012\372038). Ponente José Ramón González Clavijo.

STS núm. 74/2000 de 7 de febrero (RJ 2000/282). Ponente José Ramón Vázquez Sandes.

SAP de Barcelona núm. 471/2004 de 2 de junio (JUR 2004\ 206354). Ponente María Dolores Portella Lluch.

SAP de Murcia núm. 266/2001 de 4 de junio de 2001 (JUR 2001\236479). Ponente Carlos Moreno Millán.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁ CER GUIRAO Rafael, *La tentativa inidónea. Fundamento de la punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000.

ALCALE SÁNCHEZ María, «Los delitos de mera actividad», *RDPC*, 10, 2002.

ALEMÁN MONTERREAL Ana, *La insolvencia*, Andavira, Santiago de Compostela, 2010.

ALTENHAIN Karsten, en MATT/RENZIKOWSKI (eds.), *StGB Kommentar*, Franz Vahlen, München, 2013.

ANARTE BORRALLO Enrique, *Causalidad e imputación objetiva. Estructuras, relaciones y perspectivas*, Servicio Publicaciones Universidad de Huelva, España, 2002.

ANTOLISEI Francesco, *Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1975.

AYALA GARCÍA Juan Mateo, «Los alzamientos de bienes», *Revista Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, nº 9, enero-marzo, 1998.

BACIGALUPO Enrique, *Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*, Depalma, Buenos Aires, 1970.

BACIGALUPO Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BACIGALUPO SAGGESE Silvina, «Insolvencia y derecho penal», *La Ley Digital*, 2011.

BACIGALUPO SAGGESE Silvina, «La reforma de los delitos de insolvencia punible en el anteproyecto de reforma del código penal de 2012», *RDCP*, 18, 2013.

BADOSA COLL Ferran, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

BAJO FERNÁNDEZ Miguel/BACIGALUPO SAGGESE Silvina, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010.

BARREIRO JORGE Alberto, «El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Derecho penal económico*, CGPJ, Madrid, 2003.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS Pablo, «El buen padre de familia», en *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.

BENEYTEZ MORENO Luis, «§ 12. Las insolvencias punibles», en BACIGALUPO (dir.), *Curso de derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2005.

BETTI Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, (trad. José Luis de los Mozos), Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1970.

BINDING Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1902.

BINDING Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und ihre Arten des Delikts*, 2ª ed., t.II, Sciente Verlag Aalen, Leipzig, 1914.

BOIX REIG Javier/BORRALLO ANARTE Enrique, «Insolvencias punibles», en BOIX REIG (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. II, Iustel, Madrid, 2012.

BOSCH Nikolaus, *Strafgesetzbuch Kommentar*, SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER (eds.), Carl Heymanns, Köln, 2009.

BOTANA GARCÍA Gema, «La donación en fraude de acreedores», *Actualidad Civil*, 10, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ Juan, «Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra», *ADPCP*, 1990.

BUSTOS RAMÍREZ Juan /HORMAZABAL MALARÉ Hernán, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Trotta, Madrid, 2006.

BUSTOS RAMÍREZ Juan, *Control social y sistema penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987.

CABALLERO BRUN Felipe, *Insolvencias punibles*, Iustel, Madrid, 2008.

CAPILLA RONCERO Francisco, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1989.

CANCIO MELIÁ Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2001.

CANESTRARI Stefano, «Riesgo empresarial», e imputación subjetiva en el derecho penal concursal», en TERRADILLOS/ALCALE (coord.), *Temas de derecho penal económico*, Trotta, España, 2004.

CARRARA Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, 5ª ed., vol. VII, t. IX, (trad. José Ortega Torres), Temis, Bogotá, 1996.

CASTRO MORENO Abraham, *El delito societario de administración desleal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

CERDÁ ALBERO Fernando, *Escisión de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

CERES MONTÉS José Francisco, «Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del código penal», *Delincuencia económica*, CGPJ, 93, Madrid, 2007.

CERES MONTÉS José Francisco, «La insolvencia punible», *La Ley Digital*, 14, 1996.

CEREZO MIR José, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo», *RDPC*, 10, 2002.

COBO DEL ROSAL Manuel/VIVES ANTÓN Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CHOCLÁN MONTALVO José Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998.

COHN Robert, «Zur Lehre vom strafbaren Bankerutt», *GA*, 41, 1893.

CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CÓRDOBA RODA Juan, «De las insolvencias punibles», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

CRESPO RODRÍGUEZ Miguel, «Normas de conducta, protección del inversor e integridad de los mercados», en URÍA (coord.), *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, La Ley, Madrid, 2007.

CUELLO CONTRERAS Joaquín, «Insolvencias punibles», *CPC*, 67, 1999.

CUELLO CONTRERAS Joaquín, *El derecho penal español. Parte general*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2009.

CUERDA RIEZU Antonio, *La colisión de deberes en derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984.

DANNECKER Gerhard/KNIERIM Thomas/HAGEMEIER Andrea, *Insolvenzstrafrecht*, 2ª ed., C.F. Müller, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2012.

DEMUTH Hennrich, *Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1980.

DEL ROSAL BLASCO Bernardo, «Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código Penal», *ADPCP*, 1994.

DÍEZ-PICAZO Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, 6ª ed., vol. II, Civitas, Madrid, 2008.

DÍEZ-PICAZO Luis, «El pago anticipado», *Revista de Derecho Mercantil*, vol., XXVIII, Núm. 73, Julio-Septiembre, Madrid, 1959.

DOHMEN Anja/Arndt SINN, «Das Rechtsgut der Insolvenzdelikte (§§ 283 ff. StGB) im Kontext von Straf- und Zivilrecht», *KTS*, 2, 2003.

DOPICO GÓMEZ-ALLER Jacobo, *Omisión e injerencia en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

DUQUE DOMÍNGUEZ Justino, «Sobre el concepto básico de insolvencia», en *Estudios sobre la Ley concursal. LH a Manuel Olivencia*, t. I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

EIRANOVA ENCINA Emilio, *La responsabilidad penal por las operaciones económicas de alto riesgo*, Dykinson, Madrid, 2002.

ENGISCH Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, (trad. Ernesto Garzón Valdés), Comares, Granada, 2001.

EISELE Jörg, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. II, Kohlhammer, Stuttgart, 2009.

ESTEBAN RAMOS Luisa María, «La responsabilidad de las sociedades participantes en la escisión como instrumento de tutela a los acreedores sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, 22, 2004.

FARALDO CABANA Patricia, «De las insolvencias punibles», en GÓMEZ TOMILLO et al (dir.), *Comentarios al código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

FARALDO CABANA Patricia, «Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIV, Santiago de Compostela, 2004.

FARALDO CABANA Patricia, «Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1996.

FARRÁN FARRIOL Josep, *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, J. M. Bosch, Barcelona, 2004.

FARRÉ TREPAT Elena, *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

FEIJOO SÁNCHEZ, «La reforma de las insolvencias punibles», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del código penal*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2011.

FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, «Sociedades mercantiles en crisis y derecho penal. Sobre la función social y el injusto del delito concursal (art. 260 CP)», *ADCo*, 16, 2009.

FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», *InDret*, 2, 2009. (Disponible en www.indret.com)

FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *Imputación objetiva en derecho penal*, Grijley, Lima, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, «Seguridad en el tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del TS de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999)», *La Ley*, nº 6, 1999.

FEUERBACH, Paul Anselm Johann, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed., Scientia Verlag Aalen, Gießen, 1847.

FISCHER Gero, «La incapacidad de pago», *ADCo*, 21, 2010.

FISCHER Thomas, «§283», *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57ª ed., C.H. Beck, München, 2010.

FRANK Reinhardt, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18ª ed., Tübingen, 1931.

FRISCH Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (trad. Joaquín Cuello/Luis Serrano), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

FRISCH Wolfgang, «La imputación objetiva: el estado de la cuestión», (trad. Ricardo Robles), en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.

FRISTER Helmut, *Derecho penal. Parte general*, (trad. de la 4ª ed. Alemana por Marcelo Sancinetti), Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

FRISTER Helmut, «La imputación objetiva», (trad. Marcelo Sancinetti), en SANCINETTI (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

GALLEGO SOLER José-Ignacio, *Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GALLEGO SOLER José-Ignacio, *Responsabilidad y perjuicio patrimonial. (Aproximación sistemática a los delitos contra intereses patrimoniales)*, Tesis Doctoral Universidad de Barcelona, 2001.

GALLEGO SOLER José-Ignacio, «El bien jurídico-penal en los delitos de insolvencias: ¿dos modelos de protección enfrentados?», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, 3, España, 2002.

GALLEGO SOLER José-Ignacio, «Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales de defraudación», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GARCÍA-CRUCES José Antonio, *La calificación del concurso*, Aranzadi, Navarra, 2004.

GARCÍA CAVERO Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, 2ª ed., t. I, Editorial Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA CAVERO Percy, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, t. II, Editorial Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA CAVERO Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

GARCÍA SÁNCHEZ Armando, *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, Comares, Granada, 2003.

GARRIGUES Joaquín/URÍA Rodrigo, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, 3ª ed., t. II, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1976.

GIMBERNAT ORDEIG Enrique, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

GIMBERNAT ORDEIG Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG Enrique, «¿Qué es la imputación objetiva?», en EL MISMO, *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG Enrique, «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva», en ÁLVAREZ GARCÍA et al (coord.), *LH al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GÓMEZ BENÍTEZ José Manuel, «El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles», *Diario La Ley*, 1997.

GÓMEZ PAVÓN Pilar, «Las insolvencias punibles en el código penal actual», *CPC*, 64, 1998.

GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ Cecilia, *Las cláusulas de exigibilidad anticipada de los créditos en los contratos bancarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, «Las insolvencias punibles en las sociedades mercantiles», en TERRADILLOS/ALCALE (coord.), *Temas de derecho penal económico*, Trotta, España, 2004.

GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, «Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003», en HERNÁNDEZ MARTÍ (coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, *Los delitos de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Las insolvencias punibles», COBO DEL ROSAL *et al* (dir.), *Curso de derecho penal español. Parte especial*, t. I, Marcial Pons, Barcelona, 1996.

GONZÁLEZ RUS Juan José, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VII). Las insolvencias punibles. Alteración de precios en concursos y subasta. Daños. Disposiciones comunes», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ TAPIA María Isabel, «Artículo 257», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. VII, Edersa, Madrid, 1999.

GÜNTHER Klaus, «De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el derecho penal?», (trad. Jesús-María Silva Sánchez), en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000.

GRACIA MARTÍN Lius, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

HEFENDHEL Roland, «El bien jurídico como eje material de la norma penal», en HEFENDHEL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

HEGEL G.W.F., *Principios de la filosofía del Derecho, o Derecho natural y ciencia política*, (trad. Juan Lius Vermal.), Editorial Edhasa, Barcelona, (1821)1988.

HELLMANN Uwe/BECKEMPER Katharina, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2010.

HILTENKAMPS-WISGALLE Ursula, *Die Bankrottdelikte*, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987.

HONIG Richard, «Causalidad e imputación objetiva», (trad. Marcelo Sancinetti), en SANCINETTI (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

HÖRNLE Tatjana, «Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección», (trad. Raquel Montaner) en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012.

HUERTA TOCILDO Susana, «Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes», en CEREZO MIR (dir.), *El nuevo código penal: presupuesto y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ Javier, «Objetivación y subjetividad en la delimitación del denominado *presupuesto* objetivo del concurso», en *Estudios sobre la*

Ley concursal: LH a Manuel Olivencia, t. I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

JAKOBS Günther, «Recht und Gut. Versuch einer strafrechtlicher Begriffsbildung», en FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystem. FS für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.

JAKOBS Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2012.

JAKOBS Günther, *Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, (trad. Javier Sánchez-Vera), Civitas, Madrid, 2004.

JAKOBS Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. Manuel Cancio), Civitas, Navarra, 2003.

JAKOBS Günther, «Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial», (trad. Sergi Cardenal), *RECPC*, 2002.

JAKOBS Günther, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, (trad. Manuel Cancio), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

JAKOBS Günther, «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», *Estudios de derecho penal*, (trad. Peñaranda/Suarez/Cancio), Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., (trad. Joaquín CUELLO/ José Luis SERRANO), Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho penal funcional*, (trad. Cancio/Feijoo), Civitas, Navarra, 1996.

JAKOBS Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, (trad., Manuel Cancio), Civitas, Madrid, 1996.

JAKOBS Günther, *La imputación penal de la acción y la omisión*, trad., (Javier Sánchez-Vera), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

JAKOBS Günther, *La competencia por organización en el delito omisivo*, (trad. Enrique Peñaranda), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, (trad. Miguel Olmedo), 5ª ed., Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, Rafael, «Apuntes sobre el concepto de insolvencia en la Ley concursal», *Estudios sobre la Ley concursal. LH a Manuel Olivencia*, t. I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

KARGL Walter, «Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho», (trad. Ramon Ragués), *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000.

KAUFMANN Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, (trad. Cuello/Serrano), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.

KINDHÄUSER Urs, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1989.

KINDHÄUSER Urs, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO et al (coord.), *Hacia un derecho penal económico europeo*:

Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

KINDHÄUSER Urs, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», *InDret*, 1/2009. (Disponible en www.indret.com)

KINDHÄUSER Urs, *Nomos Kommentar*, 4ª ed., t. 3, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos*, Baden-Baden, 2013.

KISS Alejandro, «Delitos de peligro abstracto y bien jurídico», en SCHÖNE (coord.), *El orden jurídico-penal. Entre normativa y realidad*, Bijupa, Paraguay, 2009.

KRAUSE Daniel-Marcus, *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko. Grund- und Einzelfragen des Bankrotts (§ 283 StGB)- zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Konkursstrafrechts*, Dunker & Humblot, Berlin, 1995.

KÜHL Kristian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed, Verlag Franz Vahlen, München, 2008.

LACKNER Karl, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 1967.

LACKNER Karl/KÜHL Kristian, *StGB Kommentar*, en LACKNER/KÜHL, 26ª ed., C.H. Beck, München, 2007.

LANDROVE DÍAZ Gerardo, *Las quiebras punibles*, Bosch, Barcelona, 1970.

LASARTE ÁLVAREZ Carlos, *Principios de derecho civil. Derecho de Obligaciones*, 14ª ed., t. II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.

LAURENZO COPELLO Patricia, *El resultado en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

LAURENZO COPELLO Patricia, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LESCH Heiko, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Heymanns, Köln, 1999.

LESCH Heiko, *La función de la pena*, (trad. Javier Sánchez-Vera), Dykinson, Madrid, 1999.

LESCH Heiko, «Intervención delictiva e imputación objetiva», (trad. Javier Sánchez-Vera), *ADPCP*, 1995.

LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MARTÍNEZ ESCAMILLA Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.

MARÍN LÓPEZ Manuel Jesús, «Art. 1129», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al código civil*, t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ Carlos, «Los elementos subjetivos del tipo de acción», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, N° 13, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ Carlos, «Los delitos de peligro en el derecho penal económico y empresarial», en SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (dir.), *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo*, Colex, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ Carlos, «Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIV, Santiago de Compostela, 2004.

MAZA MARTÍN José Manuel, «Las insolvencias punibles», en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Empresa y derecho penal I. Cuadernos de Derecho Judicial*, 5, CGPJ, Madrid, 1998.

MELLADO RODRÍGUEZ Manuel, «Las cláusulas de vencimiento anticipado», en NIETO CAROL (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Ministerio de Justicia-Universidad de Complutense, Madrid, 1993.

MERKEL Adolf, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, (introducción y edición a cargo de M. Liepmann), Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1912.

MESTRE DELGADO Esteban, «Insolvencias punibles», en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Colex, Madrid, 2011.

MEZGER Edmund, *Tratado de derecho penal*, t. I, (trad. Rodríguez Muñoz), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

MIR PUIG Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 9ª ed., (a cargo de Víctor Gómez Martín), Reppertor, Barcelona, 2011.

MIR PUIG Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y mérito*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

MIR PUIG Santiago, «Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal», *RECPC*, 2003.

MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001.

MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *ADPCP*, 2000.

MOMMSEN Theodor, *Römisches Strafrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1899.

MONGE FERNÁNDEZ Antonia, *El delito concursal punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE Francisco/GARCÍA ARÁN Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MUÑOZ CONDE Francisco, «Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal», en ARROYO/BERDUGO (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2001.

MUÑOZ CONDE Francisco, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999.

MUÑOZ CONDE Francisco, «El bien jurídico protegido en el alzamiento de bienes», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Empresa y Derecho Penal (II)*, CGPJ, Madrid, 1999.

MURMANN Uwe, *Grundkurs Strafrecht*, C.H. Beck, München, 2011.

MÜLLER Max Ludwig, «La significación de la relación causal en el derecho penal y en el de reparación de daños», (trad. Marcelo Sancinetti), en SANCINETTI (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de*

contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

NAVAS MONDACA Iván, «Los códigos de conducta y el derecho penal económico», en SILVA SÁNCHEZ (dir)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013.

NIETO MARTÍN Adán, *El delito de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

NIETO MARTÍN Adán, «Las insolvencias punibles en el nuevo código penal», *Actualidad penal*, 40, 1996.

OCAÑA RODRÍGUEZ Antonio, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, Cóllex, Madrid, 1997.

OLIVENCIA RUIZ Manuel, «El derecho concursal y el mercado del crédito», en PULGAR EZQUERRA (dir.)/VARGAS VASSEROT (coord.), *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito. VIII congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

ORDUÑA MORENO Francisco, *La Insolvencia: análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

OTTO Harro, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 6ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2002.

PACHECO Joaquín, *El código penal. Comentado y concordado*, 6ª ed., t. III, Imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, 1888.

PACHECO Joaquin, *El código penal. Comentado y concordado*, (reimpresión de la edición de 1848), Edisofer, Madrid, 2000.

PAGLIARO Antonio, *Principi di Diritto Penale. Parte speciale*, t. III, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003.

PAREDES CASTAÑÓN José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal: (un régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995.

PAREDES CASTAÑÓN José Manuel «Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes», en QUINTERO/MORALES (coord.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.

PASTOR MUÑOZ Nuria, «Delitos contra el patrimonio (II)», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo código penal*, La Ley, Madrid, 2012.

PASTOR MUÑOZ Nuria, «Delitos contra el patrimonio (II)», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2011.

PAWLIK Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

PAWLIK Michael, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, (trad. Enrique Bacigalupo et al), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

PERDOMO TORRES Jorge Fernando, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

PIÑA ROCHEFORT Juan Ignacio, *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.

PIÑA ROCHEFORT Juan Ignacio, *Rol Social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2005.

POLAINO NAVARRETE Miguel/ POLAINO-ORTS Miguel, «Injusto penal e ilícito mercantil en las insolvencias punibles a la luz de la nueva Ley concursal: ¿autonomía o subordinación del Derecho penal?», en *Estudios sobre la Ley concursal. L-H a Manuel Olivencia*, t. V, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

PULGAR EZQUERRA Juana, *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005.

PULGAR EZQUERRA Juana, «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en PULGAR EZQUERRA et al (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2004.

PUYALTO FRANCO María José, *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios al consumo*, Madrid, Dykinson, 2006.

PÜSCHEL Christof, «Boom der Insolvenzdelikte», en BERNSMANN/FISCHER (eds.), *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011*, Berlin-New York, 2011.

QUERALT JIMÉNEZ Joan, *Derecho penal español: parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010.

QUIJANO GONZÁLEZ Jesús/ESTEBAN RAMOS Luisa María, «Tutela de los acreedores: la responsabilidad de las sociedades que participan en la escisión», en RODRÍGUEZ ARTIGAS et al (dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Navarra, 2009.

QUINTANO RIPOLLÉS Antonio, *Tratado de la parte especial de derecho penal*. 2º ed., t. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo «Las agravaciones de la pena del alzamiento de bienes en caso de deudas o acreedores de derecho público o d cualificaciones de la estafa (art. 257)», en QUINTERO OLIVARES, (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo, «De las insolvencias punibles», en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRAT (coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 8ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico», en QUINTERO OLIVARES et al (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 7ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico», *Comentarios al código penal*, 5ª ed., t. II, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo «Las insolvencias punibles en el derecho penal español», en *Derecho Penal Económico*, CGPJ, Madrid, 2001.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *El alzamiento de bienes*, Praxis, Barcelona, 1974.

RADTKE Henning/PETERMANN Stefan, «§283», en HEFENDEHL/HOHMANN (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., t. V, C.H. Beck, München, 2014.

RAGUÉS I VALLÈS Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

RAMOS HERRANZ Isabel, «El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario», *ADC*, vol. 59, Nº 1, 2006.

REICHART Jürgen, «Der strafbare Bankerott», *GA*, 47, 1899.

REQUENA JULIANI Jaime, *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva*, Dykinson, Madrid, 2010.

REYES ALVARADO Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1996.

RINJES Axel, «Insolvenzstrafrecht», en MOMSEN/GRÜTZNER (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht*, C.H. Beck, München, 2013.

ROBLES PLANAS Ricardo, «Deberes negativos y positivos en derecho penal», *InDret*, 4, 2013.

ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al derecho penal», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona 2012.

ROBLES PLANAS Ricardo, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS*, 2, 2010. (Disponible en www.zis-online.com)

ROBLES PLANAS Ricardo, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo», en FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

ROCA AGAPITO Luis, «Los delitos de alzamiento de bienes (examen de los artículo 257 y 258 del Código Penal)», *ADCo*, 22, 2011.

RODRÍGUEZ DEVESA José María /SERRANO GÓMEZ Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO Gonzalo, «Acerca de las Insolvencias Punibles», en ZUGALDÍA et al (coord.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2004.

ROPERO CARRASCO Julia, «¿Hay que “merecer” la protección del derecho penal?: Derechos y deberes de las víctimas», en CUERDA (dir.)/ALCÁCER (coord.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos: IX jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid*, Dykinson, Madrid, 2006.

ROXIN Claus, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», *InDret*, 4, 2012. (Disponible en www.indret.com)

ROXIN Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. I, 2006, C.H. Beck, München, 2006.

ROXIN Claus, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en *FS für Honig zum 80 Geburtstag am 3. Januar*, Verlag Otto Schwarz &Co., Göttingen, 1970.

RUDOLPHI Hans Joachim, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *JuS*, 9, 1969.

RUIZ MARCO Francisco, *La tutela penal del derecho de crédito*, Dilex, Madrid, 1995.

SAGRERA TIZÓN José María, *El derecho concursal en el nuevo código penal*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 1998.

SAMSON Erich, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, en RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER (eds.), 7ª ed., Luchterhand, Berlin, 2002.

SÁNCHEZ CALERO Fernando, *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ María Isabel, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de publicaciones e intercambio científico Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ Pablo, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, B de F, Montevideo, 2008.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ Pablo, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Aranzadi, Navarra, 2002.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

SCHAFFSTEIN Friedrich, «Disvalor de acción, disvalor de resultado y justificación en los delitos imprudentes», en SANCINETTI (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

SCHMIDHÄUSER Erberhard, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1983.

SCHÜNEMANN Bernd, «Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado de derecho liberal», (trad. Eduardo Riggi/Ricardo Robles) en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012.

SCHÜNEMANN Bernd, «Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Bedonderen Teil», en

TIEDEMANN/SCHÜNEMANN (eds.), *Strafrechtssystem und Betrug*, Verlag, Herbolzheim, 2002.

SCHÜNEMANN Bernd, «Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege», *NStZ*, 10, 1986.

SCHÜNEMANN Bernd, «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im besonderen Teil des Strafrecht», en KAUFMANN/BEMMANN/KRAUSS/VOLK (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 1979.

SCHÜNEMANN Bernd, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975.

SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO José Luis, «Quiebra, concurso o suspensión de pagos mediante alzamiento de bienes», *CPC*, 66, 1998.

SERRANO GÓMEZ Alfonso/SERRANO MAÍLLO Alfonso, *Derecho penal: Parte especial*, 14ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Medio siglo de dogmática penal alemana. (Un punto de vista iberoamericano)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, «Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en KUHLEN et al (ed.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, «El resultado, siempre el resultado», *InDret*, 2, (editorial) 2013.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, «Mandato de determinación e imprudencia», *InDret*, 2, (editorial), 2012.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, «Interrupción de cursos causales salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación», en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Días*, vol. II, Editores Universidad de Coimbra, Coimbra, 2009.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, «¿Cuándo se incurre en alzamiento de bienes?», *Economist & Jurist*, vol. 15, 2007.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *Normas y acciones en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, *El delito de omisión: concepto y sistema*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2003.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN et al (eds.), *FS für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, de Gruyter, Berlin-New York, 2001.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al código penal*, t. I, Edersa, Madrid, 1999.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal», *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, CGPJ, Madrid, 1999.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, «La víctima en el futuro de la dogmática», en BERISTAIN/DE LA CUESTA (dir.), *Victimología: VIII Cursos de Verano en San Sebastián*, Servicio editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, «Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática», en DE LA CUESTA/DENDALUZE/ECHEBURÚA (comp.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. LH al profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María, «Aberratio ictus e imputación objetiva», *ADPCP*, 1984.

SONNEN Bern-Rüdeger, *Strafrecht Besonderer Teil*, C.F.Müller, Heidelberg, 2005.

SOUTO GARCÍA Eva María, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

STRATENWERTH Günter, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, (trad. Cancio/Sancinetti), Aranzadi, Navarra, 2005.

STRUENSEE Eberhard, «Acerca de la limitación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria al tipo objetivo», en MAIER/BINDER (comp.), *El Derecho penal hoy. L-H al profesor David Baigún*, Ediciones del Puerto, Buenos aires, 1995.

TERRADILLOS BASOCO Juan, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Valladolid, 1995.

TERRADILLOS BASOCO Juan et al, *Temas de Derecho Penal Económico: III encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Trotta, Madrid, 2004.

TIEDEMANN Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3ª ed., Franz Vahlen GmbH, München, 2011.

TIEDEMANN Klaus, *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

TIEDEMANN Klaus, *Leipziger Kommentar*, 12ª ed., t., 9, vol. II, De Gruyter Recht, Berlin, 2006.

TIEDEMANN Klaus, *Insolvenz-Strafrecht*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1996.

TIEDEMANN Klaus, *Konkurs-Strafrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 1985.

TOSZA Stanislaw, «La responsabilidad por actos riesgosos de gestión en las sociedades de capital; Un estudio de derecho comparado», *Revista Penal*, 26, 2010.

VIADA Y VILASECA Salvador, *Código penal reformado de 1870. Concordado y Comentado*, 2ª ed., t. II, Madrid, Imprenta y librería de Eduardo Martínez, 1877.

VITERI ZUBIA Ibon, *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

VIVES ANTÓN Tomás/GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

VIVES ANTÓN Tomás/GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Estafas», en VIVES ANTÓN et al, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

VON LISZT Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 3ª ed., Verlag von Guttentag, Berlin-Leipzig, 1888.

VON LISZT Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 22ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1919.

WELZEL Hanz, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1969.

WELZEL Hanz, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (trad. por José Cerezo Mir), B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2004.

WEYAND Raimund/DIVERSY Judith, *Insolvenzdelikte: Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht*, 8ª ed., Verlag Erich Schmidt, Berlin, 2010.

WITTIG Petra, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed., C.H. Beck, München, 2011.

WOHLERS Wolfgang, «Derecho penal como *ultima ratio*. ¿Principio fundamental del derecho penal de un Estado de derecho o principio sin un contenido expresivo propio?», (trad. Nuria Pastor) en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012.

WOHLERS Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts-zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungselikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

WOLTER Jürgen, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981.

ZIESCHANG Frank, *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

ZIRPINS Walter /Otto TERSTEGEN, *Wirtschaftskriminalität. Erscheinungsformen und ihre Bekämpfung*, Max Schmidt-Römhild, Lübeck, 1963.

