

PATRICIA FARALDO CABANA

**Profesora titular de Derecho penal
Universidad de A Coruña**

Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal¹

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación sobre “Derecho penal del consumo” (código PGIDT01PXI10102PR) financiado por la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, otorgado al Equipo investigador dirigido por el Prof. Dr. D. Carlos Martínez-Buján Pérez, y del que formo parte.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES. III. EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA. IV. EL DELITO DE INSOLVENCIA FRAUDULENTE. V. EL DELITO DE PRESENTACIÓN DE DATOS FALSOS EN PROCEDIMIENTO CONCURSAL

I. INTRODUCCIÓN

El Capítulo VII del Título XIII del Código penal de 1995, que acoge los arts. 257 a 261, lleva por rúbrica “De las insolvencias punibles”. La aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuya entrada en vigor tendrá lugar el 1 de septiembre de 2004, no supone una modificación expresa del Código penal en esta materia, pese a que en la tramitación legislativa llegó a contemplarse la desaparición del delito de insolvencia fraudulenta, pero sí obliga a entender ciertos elementos normativos de forma distinta al haber cambiado la regulación extrapenal de la insolvencia. Por su parte, la aprobación en las Cortes de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, ley que entrará en vigor el 1 de octubre de 2004 (salvo cambios de última hora), ha supuesto la modificación expresa de los arts. 260 y 261 CP. Estos cambios justifican que se vuelva a analizar con nuevos ojos una materia que cuenta con una larga tradición histórica en el Derecho penal español, y que ya fue objeto de una profunda reforma con ocasión de la aprobación del Código penal de 1995.

Las novedades introducidas en la regulación de las insolvencias punibles por el Código penal de 1995 consistieron, básicamente, en la integración de estas figuras en un Capítulo

independiente del dedicado a los delitos de defraudación, que había sido su ubicación en el Código penal de 1944/73; en una nueva rúbrica, “de las insolvencias punibles”, que sustituye a la anterior, consistente en una mera enumeración de conductas, “alzamiento, quiebra, concurso e insolvencias punibles”; y en la creación de nuevas figuras delictivas.

A continuación analizaré el bien jurídico protegido y el concepto de insolvencia en los delitos de insolvencias punibles, para después estudiar por separado algunos aspectos discutidos de los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos en el procedimiento concursal. Téngase presente que más que hacer un análisis general de cada uno de estos delitos, necesariamente incompleto por cuestiones de espacio, he considerado preferible concentrarme en las novedades incorporadas por el Código penal de 1995, en la influencia de la última reforma penal y de la nueva Ley Concursal sobre la interpretación de determinados elementos normativos de los tipos penales y en la delimitación del ámbito de aplicación respecto de otros delitos.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

Resumiendo una larga discusión doctrinal, cabe señalar que al respecto existen dos posturas enfrentadas. Para el sector doctrinal mayoritario², el bien jurídico protegido es de naturaleza patrimonial, y se puede concretar en el derecho que tiene el

2 Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Ceura, 2001, pp. 379 y 402; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, Valencia, Tirant lo Blanch, Tratados, 2000, pp. 21 ss; HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, en AA.VV., *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Tortó López*, Granada, Comares, 1999, pp. 793 ss; MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, Bosch,

acreedor a satisfacer su crédito con el patrimonio del deudor cuando éste incumple sus obligaciones. Este derecho, derivado de lo prescrito en el art. 1911 Cc, se frustra cuando el deudor realiza conductas que impiden o dilatan la ejecución de sus bienes. Para el sector doctrinal que se encuentra en minoría³, junto a un bien jurídico de naturaleza patrimonial se sitúa otro de naturaleza supraindividual, constituido, con diversos matices según los autores, por el correcto funcionamiento del sistema crediticio.

Esta discusión no se desarrolla en el vacío, puesto que la identificación de un bien jurídico supraindividual al lado del patrimonio individual tiene repercusiones en la interpretación de diversos elementos típicos.

El correcto funcionamiento del sistema crediticio sería un aspecto del orden económico entendido en sentido amplio, como objeto de protección del Derecho penal económico.

Desde una perspectiva amplia se define el Derecho penal económico como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios⁴. En esta concepción amplia el orden económico se presenta como un objeto de protección de segundo grado detrás

1970, pp. 56 ss; del mismo autor, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, Tratados, 2002, p. 443; YÁÑEZ VELASCO, R., *La nueva Ley Concursal: concurso de acreedores y Derecho penal. Aproximación a los tipos penales relacionados con la insolvencia*, Barcelona, Difusión, 2003, pp. 56-58.

- 3 Vid. TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, PPU, 1993, p. 128. En España, entre otros BUSTOS RAMÍREZ, J., "Perspectivas actuales del Derecho penal económico" en AA.VV., *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, Edersa, 1993, pp. 214 y 217; NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, Valencia, Tirant lo Blanch, Los delitos, 2000, pp. 36 y ss; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 4ª ed. Barcelona, Atelier, 2002, pp. 487-488, habla de la tutela de "la exigencia del sistema de crédito que se basa en la fluidez de las operaciones y en la confianza en el buen éxito de las mismas".
- 4 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Civitas, 1978, p. 40.

de los intereses patrimoniales individuales⁵. Así, delito económico en sentido amplio es aquella infracción que, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico patrimonial individual, afecta en segundo término a la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios⁶. En este grupo se incluyen los delitos de insolvencias punibles, entre otros⁷.

En mi opinión, nos encontramos ante delitos patrimoniales de los que sólo en sentido amplio puede decirse que tutelan el orden económico, integrando por tanto la categoría de los delitos socioeconómicos.

Aunque el orden económico es objeto de protección jurídica, en su aspecto amplio nunca se presenta como bien jurídico inmediatamente protegido⁸. Ello supone que nunca aparece como elemento del tipo de injusto, con la consecuencia

-
- 5 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico*, cit., p. 40. Vid. la recepción de esta definición en HUERTA TOCILDO, S., "Los delitos patrimoniales en el Proyecto de C.P. de 1980", *CPC* núm. 15, 1981, pp. 474 y ss.
 - 6 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico*, cit., p. 43. Vid. también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 33. Este concepto amplio de delito económico permite una cierta congruencia entre los estudios científicos de carácter jurídico y los de carácter criminológico, si bien se pierde la univocidad y precisión exigibles en la labor conceptual. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/ SUÁREZ GONZÁLEZ en BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Ceura, 1998, pp. 563-564.
 - 7 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico*, cit., p. 43, que cita los delitos de competencia ilícita, usura estafa, fraudes alimentarios, delitos societarios, delitos contra los derechos de los trabajadores, blanqueo y receptación, malversación de caudales públicos, etc.
 - 8 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., "Los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Código penal", *RFUDCM* núm. 3 monográfico, 1980, p. 20; del mismo autor, "Delitos monetarios. Cuestiones comunes a las distintas figuras de delito", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo IV*, Madrid, Edersa, 1985, p. 58. En el mismo sentido, vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., "Notas sobre la PANCP", *RFUDCM* núm. 6 monográfico, 1983, p. 71; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., p. 97.

de que su lesión o su puesta en peligro no necesitan ser abarcadas por el dolo del autor, ni son precisas para la consumación del delito⁹. Y ello se debe a que, como ha señalado en repetidas ocasiones la doctrina penal, el orden económico entendido en sentido amplio “es incapaz de servir de bien jurídico común y de criterio rector en la interpretación de los concretos tipos penales”¹⁰. La tipificación de una lesión o de una concreta puesta en peligro del orden económico es difícilmente imaginable, ya que el menoscabo de un bien de carácter supraindividual como éste se produce, más que por un acto individual concreto, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento¹¹. Y debido precisamente a la dificultad de determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el orden económico, la técnica que habitualmente parece más adecuada al legislador es la de los tipos de peligro abstracto¹². Ahora bien, siempre que sea posible, considero preferible reconducir el bien colectivo o supraindividual a un bien jurídico individual, con el fin de llegar a la definición de los bienes próximos-intermedios. Cuando el legislador se refiere al “orden económico en sentido amplio, simplemente está describiendo un objetivo político-criminal que ha servido de criterio sistematizador para agrupar determinadas figuras delictivas bajo el común denominador de “delitos contra el orden económico”¹³. Esta expresión,

-
- 9 Sostiene correctamente SCHÜNEMANN, B., “¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?”, en AA.VV., *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania*, Madrid, Cuadernos del CGPJ, 1991, p. 35, que “el gigantesco organismo de la economía de mercado es, naturalmente, completamente insensible, en su función global, a las acciones defraudatorias individuales”. MUÑOZ CONDE, F., “La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP”, *CPC* núm.16, 1982, p. 6.
 - 11 Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid/ Ministerio de Justicia, 1994, pp. 300 y ss. Vid. ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., pp. 96 y ss.
 - 12 Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pp. 301 y ss.
 - 13 BAJO FERNÁNDEZ, M., “Marco constitucional del Derecho Penal Económico”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I*, Madrid, Edersa, 1986, p. 254. En este sentido, vid. también, entre otros, GONZÁLEZ RUS, J. J., “La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio”, *EPC* XVII, 1994, p. 171; MARTÍNEZ PÉREZ, C.,

utilizada como parte de la rúbrica del Título XIII del Libro II del Código penal de 1995, no constituye un bien jurídico, sino una pura categoría sistemática de referencia¹⁴. Se trata de “un criterio de agrupación sistemática de algunas figuras delictivas en atención a lo que se viene entendiendo por orden económico como objeto de protección constitucional y jurídica, sin dar a entender, por ello, que ese orden económico se convierta en bien jurídico protegido de las figuras delictivas del título (y sólo de ellas) con las consecuencias pertinentes en orden al tipo de injusto, dolo, consumación, participación, etc”¹⁵.

La razón fundamental de la exclusión del orden económico en sentido amplio como bien jurídico inmediatamente protegido en los delitos de insolvencias punibles radica en que es posible identificar un bien jurídico específico en sentido técnico, el patrimonio individual, cuya lesión o puesta en peligro se halla incorporada al tipo de injusto de la infracción correspondiente, lo que no se puede decir del orden económico. Ahora bien, el hecho de que el orden económico pueda ser catalogado como bien jurídico mediato no carece de interés, puesto que la proyección mediata de la conducta delictiva sobre ese orden económico entendido en sentido amplio es el criterio básico que nos permite afirmar que las insolvencias punibles pertenecen a la categoría de los delitos económicos en sentido amplio.

“Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa”, *CPC* núm.22, 1984, p. 67; ROSAL BLASCO en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995. Volumen II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 1410.

- 14 RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Los delitos económicos en el proyecto de Código penal”, *ADPCP* 1981, p. 718. Como advierte BAJO FERNÁNDEZ, M., “Los delitos contra el orden socio-económico”, cit., p. 20, “el hecho de que la rúbrica del título rece Delitos contra el orden socio-económico no quiere decir que sea éste el bien jurídico protegido, técnicamente hablando”. En el mismo sentido, vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., “Notas sobre la PANCP”, cit., p. 71.
- 15 BAJO FERNÁNDEZ, M., “La Constitución económica española y el Derecho Penal”, en AA.VV., *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Homenaje a J. Pereda*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1983, pp. 175 y ss.

Castigar los delitos de insolvencias punibles permite sancionar conductas que pueden impedir u obstaculizar gravemente el cumplimiento de las funciones que corresponden al sistema crediticio en la economía social de mercado. Ahora bien, resulta evidente que un tal complejo agregado de funciones, de instrumentos y, en general, de intereses económicos es difícilmente reconducible a un concepto sintético expresivo de un interés, o de un valor, unívoco y fundamental para el funcionamiento del sistema económico, interés o valor sobre el que habría de proyectarse la tutela penal. La heterogeneidad de los elementos integradores del sistema crediticio desaconseja políticamente la labor de tipificar conductas pretendidamente lesivas de su correcto funcionamiento como interés que deba ser tutelado directamente, pues a menudo podrá ocurrir que los comportamientos que aparezcan como claramente perjudiciales para uno de los elementos de esa estructura resulten materialmente beneficiosos para el equilibrio global. Con lo precedente se trata de tener en cuenta que, en relación con el funcionamiento del sistema crediticio, los efectos reales de la conducta delictiva (los determinantes de la antijudicialidad material) pueden ser positivos, indiferentes o negativos en función de la coyuntura económica y de la reacción de los demás factores del sistema. Para determinar la lesividad y los perjuicios efectivos causados por las conductas aludidas es preciso ponerlas en relación con objetos de referencia más próximos y concretos.

La diferencia entre estos delitos y los puramente patrimoniales radica, pues, en que a través de la protección inmediata de los patrimonios individuales se protege de forma mediata el adecuado funcionamiento del sistema crediticio, concreción del orden económico en sentido amplio.

Esta configuración de los delitos de insolvencias punibles parte del comprensible convencimiento de que el Código penal no es el instrumento que debe determinar el buen funcionamiento del sistema económico en toda su extensión, sino que únicamente debe incriminar la infracción de las reglas mínimas de la vida económica¹⁶.

16 Vid. la Exposición de Motivos del PCP de 1992; y TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos de peligro y criminalidad económica*, ejemplar mecanografiado, sin fecha, pp. 59-60.

Las consideraciones realizadas hasta el momento permiten efectuar ciertas precisiones que han sido apuntadas a lo largo de la exposición precedente. Aunque no sea objeto de este apartado un examen particularizado de la estructura típica de los delitos de insolvencias punibles, parece oportuno apuntar aquí al menos cuáles son las consecuencias dogmáticas esenciales que con carácter general se derivan de la consideración del patrimonio como bien jurídico inmediatamente tutelado. Ante todo, lo único que habrá de acreditar el intérprete, desde la perspectiva del desvalor de resultado, es que la acción delictiva individual ha lesionado o puesto en peligro un patrimonio individual, sin que sea necesario comprobar el menoscabo que se produce en el bien mediato, el cual carece de relevancia directa como criterio interpretativo del tipo. Por su parte, en la vertiente subjetiva del delito, el dolo del autor debe limitarse a conocer la lesión o puesta en peligro de dicho patrimonio sin que, en cambio, deba abarcar el peligro para el correcto funcionamiento del sistema crediticio¹⁷.

III. EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA

Señala el art. 2.2 LC que “se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”, puntualizando en el apartado tercero que el estado de insolvencia “podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”, lo que supone que puede ser declarado en concurso el deudor con obligaciones todavía no vencidas y/o no exigibles que sabe que llegado el momento no podrá hacerles frente.

17 Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pp. 302 y ss.

El deudor que no cumple sus obligaciones puede estar afectado por dos tipos de insolvencia: no paga porque no dispone o prevé no disponer de patrimonio suficiente para cubrir las deudas, o porque, teniéndolo, carece de la necesaria liquidez para atender los pagos. La primera situación, insolvencia absoluta o definitiva, es muy grave ya que implica la existencia de un pasivo superior al activo. La segunda situación, insolvencia relativa o provisional, es menos grave porque al ser el activo superior al pasivo, la iliquidez es una causa que sólo pasajeramente impide cumplir las obligaciones de pago. Pero en cualquiera de estos supuestos la insolvencia impide mantener el sistema de las ejecuciones individuales de los acreedores, que se basa en el principio de la prioridad en el tiempo del embargo (*"prior tempore potior iure"*), lo que favorecería a los acreedores más rápidos o más astutos en perjuicio de los demás. Una exigencia de justicia obliga a sustituir las ejecuciones individuales por un procedimiento colectivo, que tutele los intereses de todos los acreedores sobre la base de la comunidad de pérdidas y del tratamiento igualitario (*"par conditio creditorum"*): es el procedimiento concursal.

En nuestro Derecho histórico existían tres procedimientos para hacer frente a la insolvencia. El concurso de acreedores, regulado en el Código civil, se aplicaba a los deudores no empresarios, la suspensión de pagos y la quiebra, reguladas respectivamente en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 y en diversas leyes especiales¹⁸ y preceptos de los Códigos de Comercio de 1829 y de 1885, a los empresarios o comerciantes. La suspensión se venía diferenciando de la quiebra propiamente dicha en que aquélla se reservaba para los comerciantes que siendo solventes atravesaban una situación de falta de liquidez, mientras que la quiebra era un procedimiento que servía para la ejecución de un patrimonio insolvente. Pero

18 Ley de 12 de noviembre de 1869, sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles, concesionarias de canales y demás obras públicas análogas, Ley de 19 de septiembre de 1896, sobre convenios entre las compañías de ferrocarriles y sus acreedores sin llegar al estado de suspensión de pagos, Ley de 2 de enero de 1915, sobre suspensión de pagos de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras de servicio público general...

esta línea se rompe con el Código de Comercio de 1885, que admite que pueda constituirse en estado de suspensión de pagos tanto el comerciante que “poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo a la fecha de sus respectivos vencimientos”, como “el que carezca de recursos para satisfacerlas en su integridad”. Sin embargo, poco después, una Ley de 1897 volvió a la línea tradicional, exigiendo como condición para acogerse a la suspensión el tener bienes suficientes para cubrir todas las deudas. Esta modificación fue alterada de nuevo por Ley de 26 de julio de 1922, todavía vigente, que extendió el procedimiento de suspensión de pagos a los deudores insolventes, además de a quienes se encuentran en situación transitoria de falta de liquidez. De esta forma, la suspensión de pagos, en lugar de ser un procedimiento paralelo al de quiebra, se transformó en un procedimiento preliminar al que podían acudir todos los empresarios en crisis. Se prefería la suspensión porque no tenía los rigurosos efectos personales que la quiebra producía y evitaba la liquidación del negocio del deudor, siendo además menos complejo y costoso que el de la quiebra, presentando para los acreedores la ventaja de que el suspenso continuaba al frente de su negocio, de forma que había mayores posibilidades de cobro.

Pues bien, en las siguientes páginas hablaré de insolvencia provisional y definitiva en el sentido expresado supra. No me parecen relevantes para la interpretación de los tipos penales que nos ocupan otros conceptos, como los de insolvencia real o aparente, que a mi juicio introducen una notable confusión en la discusión doctrinal.

Se habla de insolvencia aparente para aludir a casos en los que el patrimonio del deudor sería suficiente para pagar las deudas, pero el acreedor no puede satisfacer su crédito porque el deudor oculta parte o la totalidad de los bienes. Ahora bien, ya desde hace mucho se entiende que también ésta es una insolvencia real, porque lo cierto es que el acreedor no encuentra bienes suficientes para atender al pago de los créditos¹⁹. Lo único

19 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico*, cit., p. 154.

20 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit., p. 156; BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., pp. 374-375; VIVES

que se pone de manifiesto con el uso de esta terminología es el comportamiento fraudulento del deudor²⁰.

También se emplea el par insolvencia total-insolvencia parcial, refiriéndose en este último caso a los supuestos en que el acreedor debe cobrarse con bienes determinados que el deudor hace desaparecer²¹. Piénsese en los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves. Pero como señalan VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC²², hablar de una insolvencia parcial es una "*contradictio in terminis*", "pues, en los supuestos aludidos, o el deudor puede hacer frente a sus obligaciones con el patrimonio realizable (y entonces no hay insolvencia), o no puede, y entonces sí la hay".

Por lo que se refiere a la insolvencia actual o inminente mencionada por la Ley Concursal, permite solventar la discusión que existía en la doctrina acerca de si los créditos pendientes deben ser vencidos y exigibles o no. Si el autor del delito de insolvencia fraudulenta es el deudor declarado en concurso, y puede ser declarado en concurso quien se encuentra en estado de insolvencia inminente, esto es, antes de que los créditos estén vencidos y/o sean exigibles, eso significa que puede sostenerse que en el ámbito penal tampoco son necesarias esas notas.

IV. EL DELITO DE INSOLVENCIA FRAUDULENTA

Este delito ha sido modificado por la LO 15/2003, siendo el único cambio la sustitución de la expresión "declarado en

ANTÓN, T. S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia, Tirant lo Blanch, Los delitos, 1998, pp. 14-15.

21 Cfr. ya QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Volumen III*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 37 y ss.

22 VIVES ANTÓN, T. S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., p. 15. Apuntan BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., p. 375, que esta distinción puede tener sentido en lo que respecta a la responsabilidad civil, pues en la pieza suele diferenciarse entre el imputado parcialmente insolvente, que puede hacer frente a alguna obligación, y el imputado insolvente, que carece de bienes.

quiebra, concurso o suspensión de pagos” por “declarado en concurso”, con el fin de adaptar la regulación penal a la nueva Ley Concursal.

Art. 260 CP: “1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la penas de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.

2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.

3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal”.

1. Sujeto pasivo del delito es el acreedor. El hecho de que el tipo emplee en el párrafo segundo el plural no significa que no haya delito de insolvencia fraudulenta cuando sólo se afecta a un acreedor²³, pero sí obliga a entender que no hay concurso de delitos cuando con la conducta se ponen en peligro los patrimonios de varios acreedores²⁴.

2. Sujeto activo es “el que fuere declarado en concurso”. De acuerdo con el art. 1 LC, “la declaración de concurso procederá

23 Un sector doctrinal entiende que no puede concebirse este delito frente a un único acreedor, siguiendo a QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado*, III, cit., pp. 107 y ss. Vid. por todos LANDROVE DÍAZ, G., *Las quiebras punibles*, Barcelona, Bosch, 1970, pp. 149-150. Sin embargo, en la legislación concursal nada impide que un solo acreedor inste la declaración de concurso y sea el único afectado por tal declaración, sea porque no hay otros, sea porque esos otros, aun existiendo, no hayan quedado integrados en la masa pasiva del concurso por prescripción legal (art. 49 LC).

24 Cfr. entre otros GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 166.

respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica... No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”.

En caso de deudor persona jurídica debe integrarse este precepto con lo previsto en el art. 31 CP, a su vez también reformado en el Proyecto de Ley de modificación para introducir un novedoso segundo párrafo del siguiente tenor: “en estos supuestos, si se impusiere en la sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”.

Estamos ante un delito especial propio o en sentido estricto que exige que haya nacido una relación crediticia entre autor y víctima antes de la realización de la conducta, ocupando el autor la posición deudora.

Eso sí, como hemos visto ya, la obligación no tiene que ser vencida y exigible, pues igualmente puede abrirse el procedimiento concursal aunque no lo sea. Y es que también se pone en peligro el patrimonio del acreedor cuando antes del vencimiento de la obligación y de que pueda exigirse su cumplimiento el deudor declarado en concurso o persona que actúa en su nombre crean o agravan la situación de crisis económica o la insolvencia. De otra forma privilegiaríamos al deudor inteligente y previsor que no espera a que la obligación esté vencida y sea exigible para llevar a cabo actos que producen el resultado típico.

Con la alusión a la persona que actúa en nombre del deudor, que ha de interpretarse en relación con lo dispuesto en el art. 31 CP y de forma que tenga un ámbito de aplicación propio, no se alude al autor del delito sino al ejecutor material. De esta forma es posible “castigar al deudor -o al administrador en los casos del art. 31- cuando se valga de un extraneus para ocasionar la insolvencia o agravarla sin aparecer él como autor de la misma”²⁵.

25 NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, AP 1996-2, p. 772; del mismo autor, *El delito de quiebra*, cit., pp. 125-126, 147-149 y 211 y ss.

Nos encontramos ante la tipificación expresa de un supuesto de autoría mediata con instrumento doloso no cualificado²⁶. El problema es determinar el título por el que ha de responder, si es que debe hacerlo, el “*extraneus*” que obra en nombre del deudor.

En lo que se refiere al instrumento doloso no cualificado en los delitos especiales en sentido estricto, como el que nos ocupa, que requieren específicas condiciones o cualidades para ser autor y que, por afectar éstas a la esencia del tipo de injusto, no tienen correlato en una figura delictiva común paralela que podría ser ejecutada por cualquier persona, puede proponerse que el ejecutor doloso no cualificado sea castigado como cooperador necesario o cómplice del hombre de atrás, que sería el verdadero autor (mediato)²⁷, a veces, no siempre, vía actuaciones en nombre de otro. La aceptación de esta construcción puede considerarse unánime entre los partidarios del dominio del hecho cuando el cualificado emplea coacción o engaño sobre el no cualificado, pero se hace mucho más discutida en los supuestos en que el “*extraneus*” no actúa ni en estado de error

-
- 26 Sobre esta cuestión, y las dificultades que se han planteado para su aceptación en la doctrina, vid. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, Monografías, 2004. Entiende que se trata de una inducción, y que por tanto el deudor no es autor en estos casos, sino partícipe, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., pp. 153-154. En mi opinión, responden como autores tanto el deudor, autor mediato; como la persona que actúa en su nombre, ejecutor material de los actos que causan o agravan la situación de crisis o la insolvencia.
- 27 La construcción de la autoría mediata a través de un instrumento doloso no cualificado se ha desarrollado para evitar la impunidad tanto del ejecutor no cualificado como del hombre de atrás cualificado a que daría lugar la calificación del segundo como inductor, pues respecto de éste último faltaría el hecho principal al que vincular su inducción, al no poder ser autor el ejecutor material, por carecer de las condiciones o cualidades exigidas por el delito especial propio. Sobre este origen, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1966, pp. 255 ss. Ya la doctrina más antigua se mostró favorable a esta construcción. Vid. por todos NAGLER, J., *Die Teilnahme am Sonderverbrechen: ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Leipzig, Engelmann, 1903, pp. 69-70. La cuestión es menos relevante en los delitos especiales impropios, ya que el “*inraneus*” puede ser castigado como inductor del delito común correspondiente cometido como autor inmediato por el “*extraneus*”.

ni coaccionado, porque entonces se hace difícil justificar la autoría mediata del “*intrañeus*” (en nuestro caso el deudor), esto es, explicar el criterio material que permite afirmar que nos hallamos ante la utilización de un instrumento o, dicho de otra manera, por qué el “*intrañeus*” domina el hecho cuando el no cualificado actúa con plena libertad y de manera dolosa. Ha habido diversos intentos dirigidos a fundamentar la responsabilidad del cualificado como autor mediato a través de una adaptación del dominio del hecho, pero son criticables por cuanto suponen operar, según convenga, con distintos criterios de dominio del hecho²⁸, lo que ha llevado a afirmar que “dicha construcción sólo sería posible mediante una desnaturalización de esta figura que acabaría convirtiéndose en un expediente con el que poder dar entrada en el ámbito de la tipicidad a todo aquello que el sentimiento de justicia considera punible y que, por alguna razón, resulta, sin embargo, impune”, concluyendo que “el hecho de que estos supuestos queden impunes *no puede valorarse como una importante laguna de punibilidad que hubiese que salvar a toda costa*” (cursivas en el original)²⁹. Ahora bien, no me parece correcto ni necesario admitir sin más la existencia de semejante laguna cuando la aplicación de las reglas generales de autoría y participación permite cubrirla sin forzar los términos legales. En el caso que nos ocupa, si el delito se comete en un ámbito empresarial la calificación del hombre de atrás como autor mediato pone de relieve tanto el hecho de que domina la realización del hecho a través de su dominio de la organización cuanto que sólo él posee la característica concreta que fundamenta la autoría del delito especial. No se produce una ruptura de la concepción del dominio del hecho que se mantiene en relación con los delitos comunes, puesto que también en éstos admitimos la existencia de un instrumento que obra libremente en los casos que caen bajo el ámbito de aplicación del dominio de la organización³⁰. La consideración

-
- 28 Vid. por todos FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Autoría y delitos especiales”, en ARROYO ZAPATERO, L. A./ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Volumen I*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/ Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001, pp. 1020-1021; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice*, cit., pp. 262 ss.
- 29 GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, Monografías, 1995, pp. 151-152. También, entre otros, FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Autoría y delitos especiales”, cit., p. 1021.
- 30 Vid. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, cit., pp. 123 ss.

del ejecutor doloso no cualificado como instrumento, pese a tratarse de una persona que actúa de forma plenamente responsable, se justifica de acuerdo con la tesis del dominio de la organización. No pudiendo ser considerado autor por faltarle la cualificación exigida por el tipo, pese a tener el dominio de la acción, se ha dicho que la cooperación necesaria o la complicidad podrían ofrecer una vía de solución a estos casos. Recordemos que la autoría mediata por dominio de la organización pretende ofrecer una explicación de porqué el hombre de atrás puede ser considerado autor mediato cuando el ejecutor actúa de forma plenamente responsable, sin predeterminar el título por el que corresponde hacer a éste responsable, esto es, si debe responder como autor directo o como cooperador (necesario o no). Sin embargo, “el principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el Código Penal no lo dice expresamente”³¹, por lo que en los casos que caen fuera del dominio de la organización habrá que admitir la impunidad del ejecutor material no cualificado.

3. El objeto material del delito está integrado por los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor, siempre que estén sujetos al cumplimiento de sus obligaciones en aplicación de lo dispuesto en el art. 1911 Cc, esto es, que sean legalmente embargables.

4. El resultado típico consiste en causar o agravar la situación de crisis económica o la insolvencia. No se describen modalidades de acción, sino únicamente el resultado material del delito: la causación o agravación de la situación de crisis económica o la insolvencia.

Una de las formas de provocar tal resultado es sin duda el alzamiento de bienes, esto es, la ocultación física o jurídica de éstos para evitar que los acreedores cobren con ellos sus créditos. Pero el alzamiento no es la única forma de causar una situación de crisis económica o la insolvencia, lo que puede conseguirse tanto mediante conductas que ocasionan una disminución del activo como a través de comportamientos que suponen un aumento fraudulento del pasivo. Entre las primeras el alzamiento es una de las más habituales, pero existen otras como la

31 GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice*, cit., p. 298.

destrucción de elementos del patrimonio, la venta a pérdida de mercancías y valores comprados a crédito, gastos benéficos o suentuarios que no satisfacen necesidades racionales de una gestión ordenada, etc³².

La jurisprudencia, pese a alguna resolución aislada en otro sentido, ha entendido mayoritariamente que la insolvencia fraudulenta supone la efectiva producción de un perjuicio patrimonial para los acreedores como consecuencia directa de la insolvencia³³. También un sector doctrinal que puede considerarse mayoritario se ha inclinado por esta opción³⁴. Ahora bien, en mi opinión esta posición supone identificar la insolvencia, por muy real y efectiva que sea, con el perjuicio patrimonial para los acreedores, lo que no me parece admisible³⁵.

Dejando al margen la suspensión de pagos, que presupone un activo mayor que el pasivo, no sólo la quiebra puede declararse en ausencia de una situación real de insolvencia

-
- 32 Vid. ampliamente NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, cit., pp. 112 y ss.
- 33 Vid. las SSTS 24-1-1997 (Ar. 503), 12-2-1997 (Ar. 727), 17-5-1997 (Ar. 4505), 6-4-1999 (Ar. 2256) y la SAP de Córdoba 5-3-1998 (ARP 1433).
- 34 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., pp. 142-145; NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, cit., pp. 218-219, 221; VIVES ANTÓN, T. S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 23-24 y 30-31.
- 35 Como señalaba en su día QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado*, III, cit., p. 79, en referencia al antiguo delito de quiebra, "sólo entendiéndose que el *impago*, aun momentáneo, es un *daño*, puede afirmarse la naturaleza lesiva de estos delitos, que de otro modo han de considerarse de mero riesgo..." (cursivas en el original). Vid. en el sentido del texto HUERTA TOCILDO, S., "Bien jurídico", cit., p. 799, quien sin embargo se apresura a señalar más adelante que eso no tiene que significar que la consumación del delito de alzamiento de bienes se anticipe al momento en que tiene lugar el acto provocador del estado de insolvencia, defendiendo, antes bien, que el perjuicio patrimonial efectivo es el resultado material del delito. Afirma que no hace falta el perjuicio patrimonial efectivo para sancionar por insolvencia fraudulenta YÁÑEZ VELASCO, R., *Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., pp. 58-61. A favor de identificar el resultado típico del delito de insolvencia fraudulenta con el perjuicio para los acreedores, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 225-228.

definitiva³⁶, sino que la propia regulación de los procedimientos concursales es muestra palpable de que en situaciones de insolvencia es posible que los acreedores cobren todo el importe de su crédito. Desde luego de esto no cabe duda en la suspensión de pagos, en la que la insolvencia es provisional. Pero también en el caso de una insolvencia definitiva que dé lugar a una quiebra puede ocurrir que el deudor, con la masa activa de la quiebra o con entregas posteriores, pueda satisfacer a todos los acreedores, como prevé expresamente el instituto de la rehabilitación³⁷. También el nuevo procedimiento concursal contempla, por ej., la posibilidad de que se haya acordado una espera, no una quita, en el convenio entre el deudor y los acreedores y el nuevo plazo se cumpla íntegramente.

No me parece convincente el argumento de que sin perjuicio no sería posible imponer pena alguna por el delito de insolvencia fraudulenta puesto que la graduación de la pena depende, según el art. 260.2 CP, de “la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y su condición económica”³⁸. Como puede

36 Los Tribunales han admitido en numerosas ocasiones que procede declarar la quiebra en casos de mera cesación general de pagos, en aplicación del art. 876.2 C.Co., a lo que se añade que también puede declararse la quiebra cuando se ha producido la fuga u ocultación del deudor en las circunstancias descritas en el art. 877 C.Co. En estos supuestos puede existir un patrimonio suficiente para pagar los créditos pendientes.

37 Los quebrados que no han sido declarados en insolvencia fraudulenta pueden ser rehabilitados si justifican el cumplimiento íntegro del convenio al que llegaron con los acreedores o, en caso de no haber llegado a un convenio, que con el haber de la quiebra, o mediante entregas posteriores, quedaron satisfechas todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento de quiebra (arts. 920 y 921 C.Co. 1885).

38 Utilizado, entre otros, por GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Curso*, cit., pág.226; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., pág.210; GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 479. Por su parte, QUINTERO en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª ed. Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 753, afirma la relevancia de este apartado para defender la posición según la cual el delito de insolvencia fraudulenta se distingue del alzamiento por ser un delito de resultado, “si bien de un resultado mixto entre lo jurídico y lo material: la provocación de una ejecución concursal con todos los costos económicos que ello supone para los acreedores y la práctica certeza de que no recuperarán la integridad de sus créditos”. Para un

observarse, el precepto recoge tres criterios alternativos, y no es admisible considerarlos complementarios alegando que “ni el número, ni la condición económica de los acreedores tienen sentido para graduar la pena si no es por el perjuicio que se le causa”³⁹. Teniendo en cuenta que el delito es de resultado de peligro para el patrimonio, sí tiene sentido atender al número y condición económica de los acreedores cuyo patrimonio se ha puesto en peligro. Por lo demás, para graduar la pena también se alude a una pluralidad de acreedores cuando el delito se consuma aunque sólo exista un acreedor, sin que por ello tengamos que exigir que existan varios.

Por tanto, el delito de insolvencia fraudulenta no requiere para su consumación que los acreedores no lleguen a cobrar efectivamente sus créditos, esto es, que sufran un perjuicio patrimonial efectivo, pues es suficiente que se produzca la situación de crisis económica o la insolvencia⁴⁰ que constituye el resultado del delito, que algunos autores califican de “no material” o “jurídico”⁴¹.

sector jurisprudencial, del párrafo segundo se desprende la exigencia del perjuicio ya no como resultado, sino como condición objetiva de punibilidad de la conducta típica. Vid. las SSAP de Barcelona 9-2-2000 (Ar. 100) y Salamanca de 10-5-2000, entre otras. Esta posición es rechazable. Convertir la causación del perjuicio en condición objetiva de punibilidad no casa con la naturaleza de este instituto.

39 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Curso*, cit., p. 226.

40 Vid. GÓMEZ PAVÓN, P., “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *CPC* núm.64, 1998, pp. 57-58; MAZA MARTÍN, J. M., “Las insolvencias punibles”, en ROSAL BLASCO, B. del (Dir.), *Empresa y Derecho penal (I)*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 1999,, pp. 320-321; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., “Quiebra, concurso o suspensión de pagos mediante alzamiento de bienes”, *CPC* núm.66, 1998, p. 655-656; SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 738-739.

41 Vid. VIVES ANTÓN, T. S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, cit., pp. 58-64. Por su parte, TERRADILLOS BASOCO, J., “La ocultación y el alzamiento de bienes por parte del deudor”, en TERRADILLOS BASOCO, J., *Empresa y Derecho penal*, Buenos Aires,

5. En el aspecto subjetivo cabe señalar que se exige dolo, sin que haya ningún motivo que permita excluir la modalidad eventual⁴². No hay otros elementos subjetivos del injusto⁴³.

No es necesario, por tanto, un ánimo de perjudicar o de defraudar, como han afirmado sectores de la doctrina⁴⁴ y de la jurisprudencia⁴⁵. El dolo debe abarcar el hecho de encontrarse inmerso en un procedimiento concursal en el que es obvio que crear o agravar la situación de crisis económica o la insolvencia pondrá en peligro la satisfacción de los derechos de crédito.

6. Es dudosa la naturaleza jurídica del requisito típico conforme al cual el deudor ha de haber sido declarado en concurso para que sea posible perseguir el delito de insolvencia fraudulenta.

Ad-Hoc, 2001, pp. 146-149, parece llegar a una solución semejante a la indicada en el texto, puesto que dice que “el tipo requiere un alzamiento... determinante de una situación de insolvencia objetivamente perjudicial para el acreedor, aunque ese perjuicio pueda limitarse a la frustración o minoración de sus expectativas, con independencia de que, finalmente, pueda hacer efectivos sus derechos”. Ahora bien, para este autor esto “se traduce en la consideración del alzamiento de bienes del art. 257.1.1 como delito de resultado lesivo” (p. 149). En mi opinión, sin embargo, la traducción dogmática no es como delito de resultado lesivo, pues se reconoce que no es necesario lesionar el patrimonio individual, sino como delito de peligro para el patrimonio que exige la causación de un resultado material, consistente en la situación de crisis económica o en la insolvencia, para su consumación.

- 42 Cfr. NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias”, cit., p. 779; del mismo autor, *El delito de quiebra*, cit., pp. 178-184; SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 739; VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios*, II, cit., p. 1297.
- 43 Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 456; NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, cit., pp. 178-184.
- 44 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Ceura, 1987, p. 148; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., pp. 221 y ss; GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial. I*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 745; VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 503.
- 45 Por todas, las SSTs de 26-3-1979 (Ar. 1418), 10-4-1992 (Ar. 2959) y 24-1-1997 (Ar. 503).

Un importante sector de nuestra doctrina estima que es condición objetiva de punibilidad⁴⁶, pero algunos autores expresan, con mayor o menor convicción, sus dudas sobre la caracterización dogmática de este elemento, y otros aseguran abiertamente que dicha declaración constituye un auténtico presupuesto de procedibilidad⁴⁷. En esta última dirección parece manifestarse nuestra jurisprudencia, que ve en este elemento un insoslayable requisito de procedibilidad en el proceso penal⁴⁸. En mi opinión, sin embargo, se trata de una condición objetiva de punibilidad que debe concurrir antes de que la situación de crisis económica sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre para poder aplicar el art. 260 CP⁴⁹.

-
- 46 En este sentido, vid. por todos BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., pp. 401-402; MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., pp. 453-454; MAZA MARTÍN, J. M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 314; NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, cit., pp. 49 y ss; SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 738; el mismo autor en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Ceura, 1998, pp. 527-528.
- 47 Cfr. GÓMEZ PAVÓN, P., “Las insolvencias punibles”, cit., pp. 52-54; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., pp. 189-191; QUINTERO en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit., p. 752; del mismo autor, “La polémica presencia del Derecho penal en los problemas concursales”, *RDPC* núm.2, 1998, pp. 114-115.
- 48 Afirma que se trata de una “condición de procedibilidad que se satisface ahora con la resolución judicial recaída en el proceso civil por la que se admita a trámite de la solicitud de quiebra”, la SAP de Barcelona de 9-2-2000 (ARP. 100).
- 49 El estudio que a continuación efectúo parte de las premisas conceptuales elaboradas por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en diversos trabajos sobre las condiciones objetivas de punibilidad. Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, Edersa, 1989; del mismo autor, “Falsas condiciones objetivas de punibilidad en el Código Penal español”, en AA.VV., *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago, 1989, pp. 481 y ss; del mismo autor, *Parte general*, cit., pp. 141-157, aquí al hilo del análisis de la naturaleza jurídica de los límites cuantitativos en los delitos económicos.

Reina amplio acuerdo en la doctrina, tanto española como extranjera, en torno a la idea de que es consustancial a la institución de las condiciones objetivas de punibilidad en general la desvinculación de la condición respecto del dolo o la imprudencia del autor⁵⁰. Por lo demás, puede tratarse de las situaciones más dispares, siempre que concurra esa ajeneidad subjetiva: el supuesto de hecho base de la condición puede ser consecuencia de la acción de otra persona, como ocurre en el caso de la declaración judicial de quiebra, o sencillamente puede consistir en un dato meramente objetivo, como por ej. la existencia de reciprocidad en los ataques contra un Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida. Habitualmente se menciona como otra nota definitoria de la institución el dato de que el elemento se halle desligado de la acción del agente, de forma que entre la acción y el elemento en cuestión no puede establecerse una relación de causalidad⁵¹.

-
- 50 Ahora bien, es preciso hacer una serie de puntualizaciones acerca del criterio relativo a la ajeneidad a la imputación subjetiva. El respeto al principio de responsabilidad subjetiva en el marco de un Estado de Derecho obliga a que la imputación subjetiva se presuma, entendiéndose, por tanto, que todos los elementos que se describen en la figura legal pertenecen al tipo de injusto y son abarcados por el dolo del autor o, en su caso, son imputables a título de imprudencia. Recordemos que el principio de responsabilidad subjetiva supone dos exigencias: que no puede haber pena sin dolo ni imprudencia, y que la pena debe ser proporcional al grado de responsabilidad subjetiva. La doctrina tradicional engloba este principio bajo la rúbrica del “principio de culpabilidad”, denominación lógica cuando el dolo y la imprudencia se consideraban formas de culpabilidad, pero nada coherente cuando se sostiene que pertenecen a la parte subjetiva del tipo de injusto. Por tanto, la desconexión subjetiva de un elemento de la descripción típica es una conclusión excepcional, que ha de obtenerse aplicando de forma rigurosa las reglas de la interpretación de las normas penales. Debe partirse de que todos los elementos que el legislador ha utilizado para la configuración de la conducta prohibida se hallan vinculados a la exigencia de imputación subjetiva y que, por tanto, la desconexión entre ésta y un determinado elemento de la descripción legal es algo excepcional, que debe ser deducido inequívocamente mediante la interpretación. Habitualmente bastará una interpretación gramatical para acreditar que un determinado elemento reviste el carácter de condición de punibilidad, desligada del conocimiento del autor. Pero en ocasiones se ha de recurrir a criterios lógico-sistemáticos y teleológico-valorativos. Y en todo caso deberán tomarse en consideración los intereses político-criminales que confluyan.
- 51 Como pone de manifiesto MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, cit., pp. 76 y ss.

Sin embargo, nada hay en el Código penal español que obligue a llegar a esta conclusión. Por ello no hay por qué afirmar tajantemente que la mera comprobación de un nexo de causalidad entre la acción y el elemento bastaría para considerar que éste no puede ser calificado como condición objetiva de punibilidad⁵².

Suele considerarse inherente al concepto de condición objetiva de punibilidad, y por consiguiente se invoca como criterio de individualización de la categoría, el dato de que el elemento condicionante sea un acontecimiento futuro e incierto. Así se ha venido sustentando tradicionalmente en nuestra doctrina. Se adopta, de este modo, una noción civilista de la condición, rechazando que el elemento del que se hace depender la punibilidad pueda ser anterior a la realización de la conducta típica, al igual que sucede en la condición del negocio jurídico. Este entendimiento, proveniente del Derecho italiano, no es aceptable en nuestro Ordenamiento, en el que no existe una regulación específica de las condiciones que obstaculice la existencia de condiciones objetivas que concurren con anterioridad a la realización del comportamiento típico⁵³.

-
- 52 Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, cit., p. 78. Como también apunta este autor, se ha de puntualizar que, a la vista de la naturaleza y función de las condiciones de punibilidad, no puede desconocerse que una relación de causalidad necesaria entre la acción del sujeto y un elemento determinado puede ser una razón relevante para alcanzar la convicción de que la circunstancia examinada es un elemento del tipo. Asimismo, de la misma manera que la desconexión causal puede constituir un claro indicio de que un elemento dado debe ser considerado condición de punibilidad, la presencia de una relación de causalidad necesaria se erige en un importante argumento o criterio interpretativo para llegar a la conclusión de que una determinada circunstancia ha de ser imputable subjetivamente a su autor y de que, por tanto, hay que descartar su naturaleza de condición objetiva de punibilidad.
- 53 Si se atiende al fundamento y a la naturaleza de las condiciones objetivas de punibilidad, el único factor determinante para su identificación es el de saber que el elemento de que se trate es una causa de limitación de la punibilidad, que no afecta en absoluto al injusto de la infracción correspondiente. En mi opinión, no existen razones de Derecho positivo ni argumentos que autoricen a descartar la operatividad de condiciones objetivas de punibilidad anteriores o simultáneas a la comisión del comportamiento típico, por lo que las cualidades de tratarse de un hecho futuro e incierto no pueden reputarse criterios individualizadores de la institución. Por consiguiente, el término condición no pueden ser entendido en un sentido civilista, sino de modo

Con carácter general cabe señalar que tanto en la Ciencia penal española⁵⁴ como alemana⁵⁵ se ha destacado tradicionalmente que las condiciones objetivas de punibilidad se fundamentan en consideraciones sustantivas que afectan a la existencia material del delito. Por el contrario, las condiciones de procedibilidad se basan en razones estrictamente procesales, que no afectan ni al concepto de delito ni al Derecho penal, puesto que presuponen ya la existencia de un hecho delictivo. Los requisitos de procedibilidad no inciden para nada en la punibilidad del delito y solamente atañen a la admisibilidad de su persecución procesal⁵⁶, esto es, al sí y al cómo de la actividad procesal. Esta idea puede reformularse de la siguiente forma: la adscripción de un elemento típico al Derecho material depende de su vinculación al acontecer del hecho, de forma que se tratará de una condición objetiva de punibilidad si contribuye directamente a determinar la situación del hecho y su materialización, mientras que los presupuestos de perseguibilidad son ajenos al complejo fáctico⁵⁷. Ahora bien, esta diferencia, concebida como pauta genérica de delimitación entre

amplio en su acepción vulgar como “cosa necesaria para que se verifique otra”.

- 54 Vid. las extensas referencias bibliográficas que ofrece MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, cit., p. 96, nota núm.204; del mismo autor, “Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad”, en AA.VV., *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, IVAC, 1989, *pássim*. Ofrece un panorama actualizado de la situación en la doctrina GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 46-59.
- 55 Cfr. por todos JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrecht*, AT, 5. Aufl. Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 558; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 984-989.
- 56 Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, cit., p. 96.
- 57 En este sentido, cfr. ROXIN, C., *Parte general, I*, cit., pp. 988-989, nm.50-52, siguiendo la tesis elaborada por SCHMIDHÄUSER, E., “Objektive Strafbarkeitsbedingungen”, *ZStW* 1959, pp. 550 y ss, a su vez basada en la toma de posición de GALLAS durante las discusiones de la Gran Comisión para la reforma del Código penal alemán, como reconoce el propio SCHMIDHÄUSER. Una detallada exposición del pensamiento de este autor es ofrecida por MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, cit., pp. 100-101.

los elementos de carácter material y formal, resulta sencilla en teoría pero de muy difícil aplicación en la práctica ante las peculiaridades del caso concreto⁵⁸, además de que se limita a describir el efecto de los presupuestos de procedibilidad, pero no los caracteriza en cuanto a su contenido⁵⁹.

Se han ideado diversas formulaciones con el propósito de obtener una línea de demarcación más clara entre los institutos que se estudian. Una de las más interesantes en la propuesta por JESCHECK⁶⁰. En opinión de este autor, en las condiciones objetivas de punibilidad se expresa el especial grado de menoscabo o deterioro de los valores del Ordenamiento jurídico protegidos por el correspondiente precepto, mientras que los presupuestos procesales toman en consideración simplemente razones de conveniencia basadas en el aseguramiento de la paz jurídica que se oponen al desarrollo de un proceso penal. Si falta una condición de punibilidad debe producirse la absolución, mientras que si está ausente un presupuesto de procedibilidad es imposible el enjuiciamiento penal, lo que da lugar al sobreseimiento o archivo de las actuaciones. "En suma, una vez constatada la falta de la condición objetiva de punibilidad, queda definitivamente negada la existencia del delito o, en su caso, la agravación de la pena; por el contrario, la no verificación del requisito procesal despliega puramente el efecto de dejar imprejuzgada la acción, ya que el hecho sigue siendo en rigor punible"⁶¹. Como señala MIR⁶², "al impedir su falta el enjuiciamiento penal del hecho, tendrá también la consecuencia de impedir su castigo, pero ello no obedece a que haga desaparecer la presencia de un delito, sino sólo a que éste no puede ser objeto de un proceso penal". De acuerdo con estas pautas creo

58 Como reconoce MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, cit., p. 100.

59 Así lo ha puesto de relieve, entre otros, ROXIN, C., *Parte general*, I, cit., p. 984, nm.41.

60 Cfr. JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Lehrburch, AT*, cit., p. 558; en el mismo sentido, ROXIN, C., *Parte general*, I, cit., p. 985, nm.42.

61 MARTÍNEZ PÉREZ, C., "Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad", cit., p. 574. Para una caracterización de los presupuestos de procedibilidad desde el punto de vista procesal, vid. CHOZAS ALONSO, J. M., "Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento procesal", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña* núm. I, 1997, pp. 199 y ss.

62 MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1998, p. 147, nm.68.

que se puede obtener una clarificación mucho mayor y se pueden resolver los supuestos sobre los que reina cierta incertidumbre en el Derecho positivo español, como el que nos ocupa.

En conclusión, por cuanto se refiere al requisito de la declaración judicial de concurso para sancionar el delito de insolvencia fraudulenta, parece preferible considerarlo una condición objetiva de punibilidad. La mera admisión a trámite de la solicitud de concurso puede dar lugar a la adopción de las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor. Por su parte, la declaración judicial de concurso ocasiona unos graves efectos jurídicos para los acreedores, derivados del inicio de un procedimiento de ejecución universal que puede terminar con el objetivo de satisfacer a todos los acreedores concurrentes en igual medida con la liquidación del patrimonio del quebrado, pero también para el deudor, cuyas facultades de administración y disposición sobre su patrimonio quedan como mínimo sometidas a la intervención de los administradores concursales, pudiendo llegar a suspenderse. Tales efectos, que se hallan íntimamente vinculados al hecho injusto, aportan la necesidad de pena por entrañar una grave perturbación del orden jurídicamente protegido, desde la óptica de la función del Derecho penal. En suma, la declaración de concurso es una condición objetiva de punibilidad, elemento que no tiene que estar abarcado por el dolo del agente ni depende causalmente de él (piénsese que la declaración de concurso puede ser solicitada por cualquier acreedor legítimo, o por los socios, miembros o integrantes de una persona jurídica que sean personalmente responsables de las deudas de ésta, entre otros), y que si bien se encuentra estrechamente ligado al hecho no contribuye a fundamentar su antijuridicidad. Sirve para restringir la punibilidad de la insolvencia fraudulenta, que sanciona con una pena más elevada la conducta consistente en causar la situación de crisis económica o la insolvencia cuando el comportamiento tiene lugar una vez que existe dicha declaración de concurso que si se produce fuera del procedimiento concursal, a lo que se añade que tipifica la conducta consistente en agravar la situación de crisis económica o la

insolvencia, que no es punible como alzamiento al margen de un procedimiento concursal⁶³.

7. Los apartados tercero y cuarto del art. 260 CP se limitan a dejar constancia de la independencia del procedimiento penal respecto del civil a todos los efectos, con la única precaución de que el importe de la responsabilidad civil deberá incorporarse a la masa.

8. En lo que respecta a las relaciones concursales entre el delito de alzamiento de bienes y el de insolvencia fraudulenta, si se entiende que el alzamiento es un delito de peligro para el patrimonio y la insolvencia fraudulenta es de resultado material de lesión para el patrimonio, exigiéndose en este último caso la causación de un perjuicio patrimonial efectivo a los acreedores, la relación entre ellos sería de consunción, pues se trataría de una progresión criminal en la que la lesión consume al peligro. Ahora bien, si se parte, como aquí hacemos, de que en ambos delitos es indiferente que la insolvencia o la crisis sea sólo aparente y finalmente los bienes indebidamente extraídos del patrimonio del deudor deban ser reintegrados y se consiga esa reintegración (a través del ejercicio de acciones de reintegración que rescindan los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, por ej., con base en el art. 71 LC), el concurso entre alzamiento e insolvencia fraudulenta no puede resolverse atendiendo a que el primero sería un delito de peligro para el patrimonio de los acreedores y el segundo de lesión para el mismo bien jurídico, pues en ambos casos se pone en peligro ese patrimonio a través de la creación fraudulenta de una situación

63. En efecto, el alzamiento de bienes consiste en insolventarse en fraude de acreedores. Carece de importancia que la insolvencia sea real o aparente. Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pp. 123-124. Por tanto, si el sujeto ya era insolvente por motivos no imputables a él antes de llevar a cabo la acción, el hecho de que agrave la situación no constituye alzamiento. Sin embargo, si agrava la situación de crisis en el marco de un procedimiento concursal ya iniciado es aplicable el art. 260 CP.

de crisis económica o de insolvencia⁶⁴. Tanto el alzamiento como la insolvencia fraudulenta son delitos de resultado, puesto que la conducta ha de causar la insolvencia en el alzamiento y causar o agravar la situación de crisis económica o la insolvencia en el delito de insolvencia fraudulenta. En mi opinión el dato determinante para resolver la cuestión planteada radica en que si el delito de insolvencia fraudulenta consiste en causar o agravar una situación de crisis o la insolvencia durante el procedimiento concursal el alzamiento consiste precisamente en causar la crisis económica o la insolvencia mediante la ocultación o destrucción de los bienes del deudor *antes* de la declaración de concurso.

De esta manera, una vez que se constata que el alzamiento es también una forma de causar la situación de crisis económica o la insolvencia, coincidiendo el sujeto pasivo y el bien jurídico protegido, en mi opinión no existe conflicto de normas alguno, puesto que cualquier conducta que consista en colocarse en situación de crisis económica o de insolvencia en fraude de acreedores es castigada como delito de insolvencia fraudulenta sólo si concurre la condición objetiva de punibilidad exigida en el tipo⁶⁵,

64 En este sentido, vid. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., "Quiebra, concurso o suspensión de pagos", cit., pp. 654 y ss.

65 Cfr. COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 182, nota núm.35. Partiendo de la existencia de un concurso aparente de normas penales hablan de subsidiariedad tácita BAJO FERNÁNDEZ/ SUÁREZ GONZÁLEZ en BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Ceura, 1993, p. 217; BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., p. 400; GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 480. Parece que también opta por esta regla de solución del concurso aparente MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 447, para quien "el art. 257 es de preferente aplicación en todos los casos en que la actuación de la jurisdicción penal surja independientemente del procedimiento que se lleve a cabo en la jurisdicción civil, y sólo se aplicará el art. 260 cuando la actuación de la jurisdicción penal se derive de una calificación y previo mandato para proceder dados por el juez civil en el correspondiente juicio ejecutivo de quiebra, concurso o suspensión de pagos".

de acuerdo con la cual es necesario que los hechos se produzcan después de la apertura de un procedimiento concursal, dato que el legislador considera lo suficientemente relevante como para prever una pena más grave en el art. 260 CP que en el art. 257 CP⁶⁶ y para sancionar la conducta de agravación de la situación, no punible como alzamiento. Por otra parte, si el hecho de insolventarse en fraude de acreedores se produce antes de la apertura de un procedimiento concursal debe sancionarse a tenor del art. 257 CP. Esta tesis viene confirmada por el apartado tercero del art. 257 CP, que dispone que el delito de alzamiento de bienes previsto en dicho precepto será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal. Esto es, la apertura del procedimiento concursal no convierte el alzamiento realizado antes en insolvencia fraudulenta. No deben abrirse dos procedimientos distintos por los mismos hechos, uno por alzamiento y otro por insolvencia fraudulenta⁶⁷, sino que si los hechos son anteriores a la apertura del procedimiento concursal debe continuar el procedimiento por alzamiento, mientras que si se producen después no hay alzamiento sino insolvencia fraudulenta. En resumen, si los hechos se producen antes de la apertura del procedimiento concursal se aplica el delito de alzamiento aunque después se abra ese procedimiento; si los hechos se producen una vez abierto el procedimiento concursal, se aplica el delito de insolvencia fraudulenta.

De esta forma se resuelven satisfactoriamente los problemas procesales que un sector doctrinal aprecia en caso de concurso

-
- 66 La diferencia de pena entre estos dos preceptos ha sido calificada de “defecto de técnica y de coordinación del propio legislador, que sólo puede subsanarse por vía legislativa”. MUÑOZ CONDE, F., “Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines”, *CPC* núm.2, 1977, p. 92. En mi opinión la única explicación plausible reside en que se considere más grave la conducta en el ámbito de un procedimiento concursal ya iniciado que fuera, por los motivos expuestos al hablar de la condición objetiva de punibilidad.
- 67 Sería “un disparate jurídico sin precedentes”, como bien señalan BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., p. 400.

entre el alzamiento y la insolvencia fraudulenta⁶⁸, ya que partimos de que si es aplicable el segundo no lo es el primero.

La solución es distinta si se cometen hechos diversos que colocan al deudor en situación de crisis económica o de insolvencia, unos realizados antes de la declaración de apertura del procedimiento concursal y otros después, porque entonces existe un concurso real de delitos entre alzamientos e insolvencia fraudulenta, por ej. cuando el sujeto crea la situación de insolvencia a través de contratos de compraventa simulados con testaférros y una vez abierto el procedimiento concursal agrava esa situación ocultando valiosas joyas. Por último, si la disminución del activo por el deudor se realiza después de la apertura del procedimiento concursal a través de una conducta delictiva distinta del alzamiento, por ej. por medio de una administración fraudulenta o de la causación de daños o incendios en bienes propios, se aplica un concurso teleológico o medial entre el delito de que se trate y el de insolvencia fraudulenta⁶⁹. Ha desaparecido el obstáculo formal que impedía la persecución de los delitos singulares relacionados con el de insolvencia fraudulenta en el Código penal anterior, pues ya hemos visto que ahora la insolvencia fraudulenta y los delitos singulares relacionados con ella, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. Respecto de los incendios en bienes propios se ha de tener presente que sólo se castigan cuando el incendiario “tuviere propósito de defraudar o perjudicar a terceros, hubiere causado defraudación o perjuicio, existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno o hubiere perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales” (art. 357 CP). Al pretender el deudor perjudicar a los acreedores se cumple el requisito de que el incendiario pretenda defraudar o perjudicar a

68 Vid. por ej. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., “Quiebra, concurso o suspensión de pagos”, cit., pp. 668-672.

69 Así, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Curso*, cit., p. 237; QUINTERO OLIVARES, G., “La polémica presencia”, cit., p. 122.

terceros, por lo que el incendio de bienes propios es punible. No existe concurso aparente de leyes penales porque el delito de incendios no es simplemente un delito contra el patrimonio, sino que protege un bien jurídico supraindividual como es el de la seguridad colectiva, de forma que el empleo de un medio como el incendio para cometer un alzamiento obliga a aplicar un concurso teleológico o medial de delitos para apreciar todo el desvalor de la conducta⁷⁰. Por su parte, los daños en bienes propios son atípicos salvo que puedan encuadrarse en el delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural (art. 289 CP), por lo que, con esa excepción, no existe concurso entre la insolvencia fraudulenta y los daños aunque una de las modalidades de comisión del delito puede ser la destrucción de bienes propios por el deudor para frustrar las expectativas de cobro de los acreedores.

V. EL DELITO DE PRESENTACIÓN DE DATOS FALSOS EN PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Este delito ha sido modificado por la LO 15/2003, siendo el único cambio la sustitución de la expresión “el que en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos” por “el que en procedimiento concursal”, con el fin de adaptar la regulación penal a la nueva Ley Concursal.

Sin precedentes en el Código penal de 1944/73, este nuevo tipo penal castiga la conducta falsaria consistente en presentar como auténtico o verdadero aquello que no lo es con el fin de obtener indebidamente la declaración de concurso⁷¹. Los

70 En este sentido vid. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos de incendio*, Granada, Comares, 2000, pp. 212-215.

71 Como señala QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit., p. 756, “el delito se puede cometer

problemas más importantes que plantea esta figura se centran en su delimitación frente a otras más o menos próximas.

1. Obsérvense las similitudes entre el art. 261 CP y el art. 250.1.2º CP, que tipifica la llamada estafa procesal. En este delito una de las partes engaña al Juez y le induce, con la presentación de falsas alegaciones, a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte. A pesar del parecido, ambos delitos se distinguen en diversos elementos típicos.

En primer lugar, por el hecho de que en la estafa procesal, tratándose de una estafa, han de reunirse todos los elementos de la definición de estafa recogida en el art. 248.1 CP, de forma que la aplicación del art. 250.1.2º CP presupone un engaño que causa un error, a consecuencia del cual el sujeto pasivo de la acción, el Juez en este caso, realiza un acto de disposición en perjuicio del patrimonio propio o ajeno⁷², mientras que en las insolvencias punibles lo característico es que el deudor disponga de su propio patrimonio para frustrar los derechos de los acreedores. A ello se añade que la estafa procesal es un delito de resultado material, consumándose sólo con la causación del perjuicio patrimonial, en tanto que la presentación de datos contables falsos se consuma sin necesidad de perjuicio económico⁷³. Otras diferencias no son relevantes⁷⁴.

tanto escondiendo la realidad de una quiebra para que se acepte una suspensión de pagos, como lo contrario, es decir, forzando una quiebra o concurso sin respaldo en una real imposibilidad de cumplir con las obligaciones”.

72 Señala correctamente GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., pp. 251-252, que el sujeto emplea el fraude procesal para inducir a error a un Juez, para que como consecuencia del engaño dicte resolución injusta que comporte un acto de disposición patrimonial en perjuicio de tercero. No se olvida, por tanto, que el engañado en la estafa puede realizar el acto de disposición tanto sobre su propio patrimonio como sobre el de un tercero, pero se tiene presente la peculiar estructura de la estafa procesal, en la que el engañado es el Juez, que dispone siempre, por tanto, de patrimonio ajeno. Afirman que la estafa procesal ha de responder a la definición de estafa contenida en el art. 248 CP, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito de estafa*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 275-281, si bien limita esta caracterización a lo que denomina estafa procesal propia, en mi opinión sin razón suficiente; y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, Valencia, Tirant lo Blanch, Los delitos, 1997, pp. 131-138.

73 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., pp. 256-259.

Por tanto, cabe distinguir sin mayores dificultades la estafa procesal de la presentación de datos contables falsos para obtener indebidamente la apertura de un procedimiento concursal. Sin embargo, la jurisprudencia ha interpretado de forma bastante laxa el art. 250.1.2º CP, asimilando el acto de disposición a la resolución judicial, aunque ésta no realice una disposición, y el perjuicio de tercero, que en la estafa se entiende unánimemente como perjuicio patrimonial efectivamente causado, a las simples alteraciones en el disfrute y realización de derechos sin que se produzca lesión en el patrimonio⁷⁵. Con esta rechazable interpretación de la estafa procesal la conducta de presentar datos contables falsos para obtener indebidamente la apertura de un procedimiento concursal podría encajar en el art. 250.1.2º CP, pues es obvio que si quien realiza la conducta es un acreedor el Juez puede resultar engañado y ordenar la apertura del procedimiento, con lo que se perjudican

74 Apunta GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 252, que en el art. 261 CP “el engaño no consiste necesariamente en la simulación de un pleito, esto es, en un fraude que subvierta la naturaleza del proceso, sino que el engaño radica justamente en la presentación de datos contables falsos”. Sin embargo, el art. 250.1.2º no consiste únicamente en la simulación de pleito, pues también se menciona el “empleo de otro fraude procesal”, como puede ser precisamente la presentación de datos contables falsos. No me parece apropiada la caracterización que hace CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito de estafa*, cit., p. 277, de ese último inciso cuando entiende que es una estafa común en el contexto de un proceso en la que el engaño se dirige al sujeto pasivo, no al Juez, y es la contraparte engañada la que realiza el acto de disposición. El propio CHOCLÁN reconoce que con esta caracterización “la circunstancia de que la conducta del sujeto activo se haya desarrollado con ocasión de un proceso no supone el mayor desvalor que justifica la agravación penal”. En efecto, en mi opinión la alusión a cualquier otro fraude procesal debe interpretarse en el sentido de que se refiere al empleo de cualquier otro medio de entidad semejante a la simulación de pleito que constituya engaño suficiente para causar un error en el Juez, a consecuencia del cual éste realiza un acto de disposición patrimonial que perjudica al sujeto pasivo del delito.

75 VALLE MUÑOZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit., pp. 684 y ss, recogen los hitos más importantes de esta línea jurisprudencial, que critican por entender, en mi opinión correctamente, que es una muestra de interpretación analógica rechazable.

los intereses del deudor, y viceversa, si es el deudor también se ven perjudicados los intereses del acreedor, ya que los procedimientos concursales producen efectos sobre unos y otros de no escasa consideración⁷⁶.

2. Asimismo existe cierto parecido morfológico con las conductas recogidas en los arts. 393, 396 y 461.2 primer inciso CP, preceptos que castigan la presentación en juicio o el uso para perjudicar a otro de documentos falsos a sabiendas de su falsedad. Entre los arts. 393 y 396 y el art. 461.2 primer inciso no existe diferencia alguna en lo que respecta a la modalidad de presentar en juicio documentos falsos, existiendo en ese supuesto un concurso aparente de normas penales que, en caso de ser el sujeto activo un particular, se ha de resolver a favor del falso testimonio en aplicación del principio de alternatividad (art. 8.4 CP)⁷⁷. Pero sí existen algunas importantes diferencias entre el art. 261 CP y los preceptos citados, diferencias que permiten negar que exista concurso alguno entre ellos, ni aparente de normas penales ni de delitos.

Por un lado, los delitos de uso de documento falso son delitos comunes, mientras que en la presentación de datos contables falsos nos encontramos ante un delito especial que

76 En esta dirección afirma que entre los arts. 261 y 250.1.2º CP existe una relación de especialidad a favor de la estafa procesal en grado de tentativa MAZA MARTÍN, J. M., "Las insolvencias punibles", cit., pp. 330-331 y 334.

77 Cfr. GARCÍA CANTIZANO, M. del C., *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, Valencia, Tirant lo Blanch, Los delitos, 1997, pp. 159-160; GRINDA GONZÁLEZ en HERNÁNDEZ GARCÍA, J., y otros, *Los Delitos contra la Administración de Justicia*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 234-235, que pone de relieve que si el sujeto activo es un funcionario público la pena más grave corresponde a los delitos de uso de documento falso, con la excepción del supuesto del art. 458.2 *in fine*; LASCURAÍN SÁNCHEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 1070; QUINTERO en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit., pp. 1565-1566 y 1878. Hablan de especialidad, en mi opinión incorrectamente, GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Compendio (Parte especial)*, cit., p. 888; MARTÍNEZ RUIZ, J., "La criminalidad de testigos, peritos e intérpretes, a la luz del Código Penal de 1995", *Revista de Derecho Penal* núm.4, septiembre 2001, pp. 59-60.

puede ser cometido únicamente por quien puede presentar esos datos en el procedimiento concursal, esto es, tanto el deudor como los acreedores o un interventor. Es importante subrayar este dato porque en ocasiones se afirma que el art. 261 CP sólo puede ser cometido por el deudor⁷⁸. Además de que el precepto no dice nada en ese sentido, hemos de tener en cuenta que también puede tener interés en lograr indebidamente la apertura del procedimiento concursal un acreedor, supuesto que incluso está previsto en la legislación mercantil al establecer que si el deudor logra la revocación de la declaración de quiebra solicitada por sus acreedores puede ejercitar contra los promotores de la quiebra la acción de daños y perjuicios si éstos hubieran procedido con malicia, falsedad o injusticia manifiesta (art. 885 C.Co. y jurisprudencia constante)⁷⁹. Objeta GÓMEZ BENÍTEZ que “esta hipotética conducta del acreedor está fuera de la realidad y, además, los acreedores no instan la quiebra en base al estado contable del deudor, que pueden desconocer absolutamente, sino a un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hayan resultado bienes libres bastantes para el pago (artículo 876, primer párrafo, del Código de Comercio), o bien, si no existe tal mandamiento, a sus títulos de crédito y a la acreditación de que el deudor se encuentra en situación de sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones (artículo 876, segundo párrafo, del Código de Comercio)”⁸⁰. Que instar infundadamente la quiebra o el concurso no está fuera de la realidad lo demuestra fehacientemente la regulación mercantil. En lo que respecta al desconocimiento por el acreedor del estado contable del deudor, olvida GÓMEZ BENÍTEZ que el delito también puede ser cometido por el acreedor presentando datos falsos relativos a su propio estado contable que le permitan

78 Así lo hacen, por ej., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 259; GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Compendio (Parte especial)*, cit., p. 480; QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit., p. 756; VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S., y otros, *Parte Especial*, cit., p. 507. Sin embargo, en el sentido del texto vid. por todos TERRADILLOS BASOCO, J., “La ocultación”, cit., p. 166.

79 Aceptan la posibilidad de que un acreedor pueda cometer el delito de presentación de datos contables falsos MAZA MARTÍN, J. M., “Las insolvencias punibles”, cit., pp. 331-332; YÁÑEZ VELASCO, R., *Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., pp. 188-190.

80 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Curso*, cit., pp. 245-246.

alegar un sobreseimiento general en los pagos por parte del deudor, por ej. Una vez que entre en vigor la Ley Concursal, ha de tenerse presente que los administradores concursales no pueden cometer este delito, porque son nombrados una vez declarado el concurso (art. 26 LC). No obstante, mientras no entre en vigor la Ley Concursal la conducta puede ser realizada por un interventor⁸¹, lo que da lugar a nuevos problemas concursales, ya que en este caso concurre el art. 261 CP con el delito de falso testimonio de peritos recogido en el art. 459 CP. En mi opinión se trata de un concurso aparente de leyes penales que se resuelve aplicando la regla de la consunción (art. 8.3 CP). Ambos delitos recogen la conducta consistente en presentar datos falsos en un procedimiento, pero frente al uso exclusivo del art. 261 CP, que únicamente tutela el patrimonio individual, sólo si aplicamos el art. 459 CP valoramos tanto el hecho de que el autor tiene un deber específico de decir la verdad cuanto el atentado contra el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, sin que sea ajeno al tipo el peligro para otros bienes jurídicos que pudieran verse afectados por el falso testimonio del perito, como puede ser el patrimonio. El art. 459 CP prevé las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses respectivamente en su mitad superior (esto es, un año y tres meses a dos años y multa de cuatro meses y medio a seis meses), a las que añade la inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años, pena que resulta particularmente adecuada en este ámbito de la delincuencia. En conclusión, el delito contenido en el art. 261 CP puede ser cometido por cualquier persona que pueda presentar los datos contables en el procedimiento concursal.

La distinción fundamental radica en que los arts. 393, 396 y 461.2 primer inciso no exigen que el sujeto activo haya cometido la falsedad, antes bien, parten de que el autor del uso no es el autor de la falsedad, siendo suficiente la presentación en juicio o

81 No por el comisario en la quiebra, puesto que es nombrado en el auto de declaración de quiebra, esto es, cuando ya se ha abierto el procedimiento (arts. 1044 C.Co. 1829 y 1333 LEC 1881, todavía vigentes en esta materia). Lo mismo sucede con los síndicos de la quiebra, que son nombrados en la primera junta general de acreedores (arts. 1068 y 1069 C.Co. 1829). La única excepción se produciría en el caso de que presentaran los datos contables falsos para conseguir el sobreseimiento del procedimiento de quiebra y la apertura indebida del expediente de suspensión de pagos.

el uso del documento con ánimo de perjudicar para integrar la conducta típica. Son delitos de uso de documento falso por parte de quien no lo ha falsificado. Frente a esta caracterización, el art. 261 CP es un delito de falsedad que se consume en el momento de la presentación de datos contables falsos con el fin especificado en el precepto. Ciertamente podría entenderse que también se trata de un delito de uso de documento que se encuentra en concurso de normas con los preceptos mencionados, a resolver a su favor de acuerdo con el principio de especialidad⁸², puesto que el ámbito en el cual se presentan los documentos es más específico, un procedimiento concursal en el art. 261 CP, un juicio en los demás preceptos (admitiendo los arts. 393 y 396 CP que el uso del documento falso tenga lugar fuera del ámbito judicial cuando se hiciera con ánimo de perjudicar), y los documentos que se han de presentar en el procedimiento concursal son una especie de los mercantiles.

No era pacífica la cuestión acerca de si los procedimientos concursales de quiebra, concurso y suspensión de pagos podían considerarse “juicios” a efectos de los arts. 393, 396 o 461.2 primer inciso CP⁸³. Se trataba de juicios universales porque tenían por objeto la totalidad del patrimonio de un deudor que

82 A favor de esta caracterización del art. 261 CP, vid. entre otros MAZA MARTÍN, J. M., “Las insolvencias punibles”, cit., pp. 330 y ss, en particular 334-335; YÁÑEZ VELASCO, R., *Concurso de acreedores y Derecho penal*, cit., pp. 183 y ss, afirma que estamos ante una mera falsedad de uso, resolviendo los concursos señalados a favor del art. 261 CP por aplicación del principio de consunción (p. 191). También alguna resolución jurisprudencial. Vid. por todas la SAP de Salamanca de 10-5-2000, que señala que la conducta típica no consiste en una alteración de la verdad, sino en el uso que se hace del documento falseado.

83 Aunque se ha llegado a decir que la conducta tipificada en el art. 261 CP podría haberse sancionado directamente conforme a los arts. 393, 396 ó 461.2 primer inciso, no existiendo por tanto necesidad de crear un nuevo delito (vid. GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Curso. Parte especial, I*, cit., p. 747), lo cierto es que, aparte de otras razones de peso, sería discutible para muchos autores que pudiera incluirse el procedimiento concursal dentro del término “juicio”. Cfr. QUINTERO en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit., p. 755. En el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., p.

atravesaba una situación de insolvencia, provisional o definitiva, y a ellos concurrían todos los acreedores para lograr la satisfacción de sus créditos. Permitían, igual que lo hace el actual procedimiento concursal, la tutela jurisdiccional de los intereses en juego⁸⁴. En el caso de la quiebra se hablaba normalmente de un juicio. En el caso de la suspensión de pagos la cuestión ha sido tradicionalmente más dudosa, porque la propia Ley de Suspensión de Pagos se refería al procedimiento como “expediente”, pese a lo cual también podíamos hablar de un juicio, entendiendo por tal el ejercicio de la actividad jurisdiccional de los Jueces y Tribunales. Téngase presente que las leyes procesales usan indistintamente, con idéntico contenido y significado, los términos “procedimiento”, “causa” y “juicio”, todos ellos aplicables al ejercicio de la función jurisdiccional⁸⁵.

Por su parte, los datos falsos mencionados en el art. 261 CP se han de incluir en documentos para que surtan efectos en el procedimiento concursal. Estos documentos son una especie de los mercantiles, puesto que dentro de ese amplio género el mencionado precepto sanciona la presentación de datos falsos relativos al estado contable. Se trata de las cuentas anuales⁸⁶, pero también de los libros de Inventarios y del libro Diario (arts.

251; SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 740.

84 Sobre el concepto de jurisdicción vid. ampliamente ORTELLS RAMOS en ORTELLS RAMOS, M./ CÁMARA RUIZ, J./ JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal. Introducción*, Valencia, Nomos, 2000, pp. 27 y ss y 145 y ss.

85 Vid. ampliamente sobre el significado del término “juicio”, BERNAL VALLS, J., *El falso testimonio*, Madrid, Tecnos, Serie de Derecho, 1992, pp. 39-41.

86 Tanto GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., pp. 253-254, como MAZA MARTÍN, J. M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 332, quieren excluir del concepto “datos relativos al estado contable” la memoria, lo que no me parece correcto, pues debe resaltarse que las cuentas anuales constituyen, por mandato legal, una unidad. El legislador mercantil pretende con ello que las cuentas anuales faciliten, de modo simultáneo, toda la información necesaria sobre la actividad económica de la sociedad en el ejercicio económico (cuenta de pérdidas y ganancias), sobre su situación patrimonial (balance) y sobre determinados extremos jurídica y económicamente relevantes relacionados con aquellos documentos contables (memoria). Vid. ampliamente sobre estos documentos, por todos, NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa de crédito*, Valencia, Tirant lo Blanch, Monografías, 1997, pp. 402-423.

25 y 26 C.Co.)⁸⁷, del inventario y balance de la sociedad al tiempo de comenzar las funciones del órgano de liquidación (art. 272 LSA)⁸⁸, del estado anual de cuentas durante la liquidación (art. 273 LSA)⁸⁹, del balance final de la liquidación (art. 274 LSA), etc. De esta forma, tanto los datos relativos al estado contable como los elementos documentales han de plasmarse en documentos⁹⁰. En particular en lo que se refiere al procedimiento concursal ha de tenerse presente que se trata de un procedimiento escrito, por lo que las manifestaciones verbales carecen de relevancia si no aparecen documentadas.

- 87 Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Los delitos societarios*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 115, que pone de relieve que su función es precisamente reflejar la situación económica de la entidad, desde el momento en que su finalidad es permitir un seguimiento cronológico de todas sus operaciones.
- 88 Como señalan URÍA, R./ MENÉNDEZ, A./ BELTRÁN, E., *Disolución y liquidación de la sociedad anónima (arts. 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, en URÍA, R./ MENÉNDEZ, A./ OLIVENCIA, M. (Dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Tomo XI*, Madrid, Civitas, 1992, p. 143, estos documentos contables sirven para manifestar a los socios y a los terceros el estado patrimonial de la sociedad al tiempo de iniciarse la liquidación y las variaciones sufridas con posterioridad al último balance aprobado.
- 89 Este estado de cuentas debe permitir “apreciar con exactitud la situación de la sociedad y la marcha de la liquidación” (art. 273.2 LSA), fórmula que sustituye a la exigencia de “mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad” de que habla el art. 172.2 LSA. Se deja en libertad a los liquidadores para que den al estado de cuentas la estructura más adecuada a la especial situación en que se encuentra la sociedad, con tal que ese estado de cuentas refleje con exactitud la situación contable de la empresa en función del valor de realización, así como la marcha de las operaciones de liquidación según los asientos de los libros de contabilidad. Vid. ampliamente URÍA, R./ MENÉNDEZ, A./ BELTRÁN, E., *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*, cit., pp. 169 y ss, especialmente pp. 173-174.
- 90 MARTÍNEZ RUIZ, J., “La criminalidad de testigos”, cit., p. 59, afirma que el art. 461.2 CP puede poseer un objeto más amplio que el 393 CP “por cuanto que en él no sólo se habla de “documento”, concepto éste cuya interpretación auténtica se encuentra en el artículo 26 del CP, sino de “elementos documentales”, entre los cuales cabría incardinar también a las grabaciones sonoras o audiovisuales, las fotografías, los certificados, etc.” (negrita y cursivas en el original). En sentido similar GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Compendio (Parte especial)*, cit., p. 888. Ahora bien, en el concepto de documento del art. 26 CP se incluyen todos los elementos mencionados, por lo que cabe concluir que el objeto es el mismo.

Desde esta perspectiva, pues, se apunta que la presentación de datos falsos en el procedimiento concursal sería un supuesto especial del delito de falso testimonio caracterizado por producirse en el marco de un procedimiento concursal con el fin de lograr indebidamente su declaración, por lo que el concurso de normas se resolvería aplicando la regla de la especialidad (art. 8.1 CP), entendida ésta en sentido lógico estricto como relación de inclusión entre los tipos penales, constituyendo el art. 261 CP la especie y el 461.2 CP el género, a favor del primero⁹¹. Ahora bien, obsérvese que en el art. 261 CP lo falso son los datos y no necesariamente el documento, que por tanto puede ser auténtico aunque inveraz.

La acción falsaria se distingue en función de que lo alterado en el documento sea su carácter auténtico o su naturaleza

Por todos, BONÉ PINA, J. F./SOTERAS ESCARTÍN, R., *De las falsedades. Comentario a los artículos 386 al 403 del Código Penal de 1995*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 483-484; GRINDA GONZÁLEZ en HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Los Delitos contra la Administración de Justicia*, cit., pp. 233-234. En efecto, el art. 26 CP recoge la interpretación auténtica de lo que se entiende por documento a efectos penales, estableciendo que "a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica". Sobre él, ampliamente, vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 11-14; ELÍAS BATURONES, J. J., "Algunas consideraciones en torno al nuevo concepto de documento en el Código Penal de 1995", *AP* 1998-2, marg.939 y ss y más en particular 953 y ss; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 125 y ss, y 134 y ss; GARCÍA CANTIZANO, M. del C., *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, cit., pp. 45 y ss.

- 91 La relación de especialidad entre tipos de delito constituye el caso más paradigmático de concurso de leyes. Supone que el tipo general está necesariamente incluido en el específico, por lo que ningún momento de lo injusto o de la culpabilidad del hecho escapa a la valoración genérica que preside la contemplación del delito especial. Cfr. GARCÍA ALBERO, R., "*Non bis in idem*" material y concurso de leyes penales, Barcelona, Cedecs, 1995, pp. 321 y ss. Para GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 281, el art. 461 CP es subsidiario respecto al art. 261 CP, que describe más específicamente la conducta típica. Con esta afirmación no queda muy claro si considera que la relación entre los preceptos citados es de subsidiariedad o de especialidad.

verdadera. La veracidad se relaciona con el contenido⁹², mientras que la autenticidad o genuinidad está referida al autor: el documento es auténtico cuando procede de la persona que figura como autor; en cambio, es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa. De esta forma ambos conceptos se conectan con la relevancia jurídica que puede imprimir a la declaración bien la procedencia de un autor determinado, bien el contenido que jurídicamente le corresponde tener cuando el Ordenamiento prescribe la obligación de constatar documentalmente determinados datos, hechos o narraciones a los que asigna efectos jurídicos⁹³. Es importante destacar que el legislador de 1995, al destipificar los delitos de falsedad documental consistentes en falsas narraciones de hechos realizadas por particulares en cualquier tipo de documento, ha optado por evitar con carácter general la tipificación de simples mentiras, en el entendimiento de que esa tipificación supondría ampliar la punición de la falsedad hasta límites insostenibles para un moderno Derecho penal basado en los principios de fragmentariedad y subsidiariedad⁹⁴. Sólo tiene relevancia la veracidad del documento o de los datos presentados, y por consiguiente se considera delictiva la mentira, cuando el Ordenamiento jurídico dota de una especial eficacia al contenido de lo documentado o declarado estableciendo de manera expresa la obligación de los sujetos de decir la verdad⁹⁵. Por tanto, no existe ninguna obligación general de declarar la verdad; dicha obligación tiene carácter parcial, afectando única

-
- 92 La veracidad constituye una cualidad intrínseca del documento que hace referencia a la fidelidad del contenido de la información a la realidad sobre la que debe dar noticia. Cfr. GONDRA ROMERO, J. M., "Significado y función del principio de "Imagen Fiel" ("True and fair view") en el sistema del nuevo Derecho de Balances", en AA.VV., *Derecho Mercantil de la CEE. Estudios en homenaje a J. Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, p. 555; MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 680.
- 93 Cfr. GARCÍA CANTIZANO, M. del C., *Falsedades documentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, Monografías, 1994, p. 233.
- 94 Cfr. GARCÍA CANTIZANO, M. del C., *Falsedades documentales*, cit., p. 240. Vid. también VALLE/ QUINTERO/ MORALES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit., pp. 911-912.
- 95 Como señala COBO DEL ROSAL, M., "Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad", *CPC* núm.56, 1995, p. 435, las falsedades que afectan a la genuinidad o legitimidad siempre deben ser constitutivas de delito, mientras que cuando afectan a la veracidad únicamente debieran ser delito en la medida en que exista un deber jurídico de veracidad.

y exclusivamente a algunas personas, sea por razón del cargo o de la labor que el Ordenamiento les encomienda⁹⁶, como ocurre en el caso de los funcionarios públicos y autoridades citados en el art. 390 CP o en general en el caso de administradores de bienes ajenos⁹⁷, sea por la importancia que tiene para el funcionamiento del sistema que los órganos del Estado (Administración de Justicia, Administración tributaria) y/o los terceros (por ej., inversores) puedan confiar fundadamente en la veracidad de los datos que se hacen públicos, se presentan o se declaran. De esta forma, cuando se trata de particulares no existe penalmente obligación de decir la verdad salvo en supuestos muy concretos, que son los recogidos en los arts. 261, 290 y 310 CP, preceptos que tipifican la realización de falsedades ideológicas consistentes en faltar a la verdad en la narración de los hechos, o en los arts. 458 y siguientes CP, que castigan el falso testimonio.

Otras diferencias entre los delitos a que aludimos no son sustanciales. Por ej., el hecho de que el autor del delito contenido en el art. 261 CP deba pretender lograr indebidamente la

96 Cfr. GARCÍA CANTIZANO, M. del C., *Falsedades documentales*, cit., p. 244. En el mismo sentido, con contundencia, BACIGALUPO ZAPATER, E., “La reforma de las falsedades documentales”, *La Ley* 1996-I, p. 1670. Vid. la STS 10-2-1992 (Ar. 1110), que en un caso de escritura pública de compraventa simulada entre un padre y su hija señala que “las falsedades documentales ideológicas (del art. 302.4 del Código Penal) no son en general aptas para ser perpetradas por particulares *no vinculados por el deber jurídico de decir la verdad*...”. Por su parte, la STS 18-6-1993 (Ar. 5182), relativa al descuento bancario de una letra de peloteo, afirma que es “atípico la consignación como librado de persona con la que el librador no tenía ninguna relación, ya que ello más que una falsedad documental ideológica es más bien una declaración mendaz hecha por quien *no tiene la obligación específica de decir la verdad*, viniendo a constituir un falso testimonio que sólo es punible en el ámbito judicial en los términos expresados en los arts. 326 y siguientes del Código Penal”. Ante esta situación, se ha propuesto extender el delito de falso testimonio a las declaraciones o manifestaciones realizadas por particulares ante fedatarios públicos o ante determinados funcionarios públicos, tal como sucede en el Derecho anglosajón. Cfr. SERRANO BUTRAGUENO en BENEYTEZ MERINO, L., y otros, *Las falsedades documentales*, Granada, Comares, 1994, p. 16.

97 Quienes asumen la gestión de negocios ajenos deben dar cuenta fiel de su actuación. Este es el caso de los mandatarios (art. 1720 C.c.), padres (art. 168 C.c.), tutores (art. 279 C.c.) y administradores sociales (arts. 37.3 C.Co. y 171.2 LSA), entre otros.

declaración de un procedimiento concursal podría encajar en el ánimo de perjudicar que se exige en los arts. 393 y 396 CP cuando el uso del documento no tiene lugar en un juicio, mientras que en la modalidad de presentar en juicio no se requiere ningún elemento subjetivo en particular, al igual que sucede en el art. 461.2 CP, que no exige la presencia de elemento subjetivo alguno distinto del dolo falsario⁹⁸.

De esta forma cabe apuntar que la función del art. 261 CP no consiste en sancionar el uso de documentos mercantiles falsos ya castigado con carácter general en el art. 393 CP, ni el uso de documentos privados falsos castigado en el art. 396 CP, sino en castigar la presentación en el procedimiento concursal de documentos mercantiles a sabiendas de la falsedad de los datos en ellos incluidos, cuando la falsedad ideológica consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos ha quedado destipificada con carácter general⁹⁹. El legislador considera que en el marco del procedimiento concursal la veracidad de los datos contables incluidos en los documentos presentados merece una

98 La jurisprudencia suele considerar elemento subjetivo del injusto el conocimiento de la falsedad de la declaración en los delitos de expresión y falsarios, en los que se requiere que haya en el autor un estado interior de conocimiento al que se contraponen el comportamiento externo. Por ej., el conocimiento de la falsedad en los delitos de falso testimonio y de acusación o denuncia falsas. A mi juicio es discutible la existencia aquí de un elemento subjetivo del injusto, porque puede entenderse que ese conocimiento de los elementos típicos objetivos, por ej., la falsedad de la declaración, no es otra cosa que el propio dolo.

99 Así, QUINTERO en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit., p. 755, quien afirma del art. 261 que “la conducta de la que parte el precepto, si no existiera este artículo que, por cierto, es una novedad del CP de 1995, sería, en cuanto falsedad, *atípica*” (cursivas en el original). Vid. también RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Falsedades documentales: interpretación actualizada”, en CEREZO MIR, J., y otros (Edits.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Tortó López*, Granada, Comares, 1999, p. 916; SILVA SÁNCHEZ en SALVADOR CODERCH, P./ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, Civitas, 1999, p. 134; SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 740.

especial protección al tener estos documentos como función legalmente encomendada el dar a conocer al Juez y a los demás órganos de la quiebra, a socios y a terceros (incluyendo a los acreedores) la verdadera situación contable del deudor, cuyo conocimiento es necesario para tomar las decisiones propias de este procedimiento (acordar una quita y/o una espera, proceder a la liquidación, etc.). Por tanto, el art. 261 CP pretende fundamentalmente sancionar la confección y uso de un documento inveraz. Se trata, de esta forma, de un delito de falsedad que presenta la característica de consumarse en el momento de la presentación con el fin de lograr indebidamente la declaración de concurso.

Ha sido objeto de ardua discusión si el art. 261 CP exige que el procedimiento concursal ya esté iniciado¹⁰⁰. En mi opinión la respuesta ha de ser negativa, puesto que se castiga la presentación de datos falsos con el fin de obtener una declaración, que no es otra que la de apertura del concurso, por lo que no puede exigirse que la acción se realice después de esa declaración¹⁰¹. En contra se señalaba en su día que también es posible engañar después de la admisión a trámite, aunque entonces los órganos del procedimiento suelen haberse hecho cargo ya de la documentación contable, y que la declaración buscada por el deudor al presentar datos contables falsos podía no ser la providencia que declaraba la admisión a trámite del concurso, quiebra o suspensión, sino la calificación definitiva de la quiebra, concurso o suspensión de pagos¹⁰², o incluso la

100 Sobre lo que debe entenderse por iniciación de un procedimiento en esta materia vid. VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios, II*, cit., p. 1296.

101 Cfr. SAGRERA TIZÓN, J. M., *El Derecho concursal en el nuevo Código Penal*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 1998, pp. 102-103. También dan a entender que no es necesario que esté iniciado el procedimiento, puesto que el propósito del autor es lograr la declaración indebida de una de dichas situaciones concursales la SAP de Salamanca de 10-5-2000; ALONSO PÉREZ, F., *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos*, Madrid, Colex, 2003, p. 322; MAZA MARTÍN, J. M., "Las insolvencias punibles". cit., p. 333.

102 Así, VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios, II*, cit., pp. 1302-1303, que afirman que es necesario

sentencia¹⁰³. Se acude también a otros argumentos de índole gramatical y sistemática, como la inexistencia general de un deber de veracidad, lo que justificaría reducir el ámbito de aplicación de este precepto, considerado como excepción a esa impunidad de las mentiras documentadas, o el tenor literal del precepto, que sanciona a quien presente los datos falsos “en procedimiento”¹⁰⁴. En conjunto las objeciones expuestas no me parecen definitivas. En la suspensión de pagos no había calificación definitiva, salvo que por tal se entendiera la calificación de la insolvencia como provisional o definitiva que tenía lugar en la resolución de apertura de la suspensión, lo que me parece traído por los pelos. En lo que respecta a los argumentos gramaticales, resulta curioso que algunos autores se aferren a la expresión “en procedimiento” y sin embargo consideren equivalentes “declaración” y “sentencia”, por no mencionar que “declaración” se refiere a la declaración de apertura de los citados procedimientos, que es la única declaración que se produce en ellos, lo que ya queda perfectamente claro en el nuevo procedimiento concursal. A todo ello cabe añadir que nos encontramos en el procedimiento cuando se ha presentado la solicitud de su apertura. Por lo demás, es en esta fase inicial de presentación de la solicitud cuando tiene lugar la mayoría de las conductas a que alude el art. 261 CP, que quedarían impunes con la concepción propuesta. Esta impunidad no se adecua, aunque así haya querido verse, a la despenalización general de la falsa narración de hechos cometida por particular, puesto que se ha mantenido su punición en supuestos considerados particularmente relevantes, como sucede en el ámbito societario, tributario y, como es el caso, en el concursal, además de que el art. 261 CP no habla de presentar un documento falso, sino de presentar datos contables falsos, lo cual puede hacerse, como he adelantado, no sólo mediante una falsedad material, sino también incluyéndolos en un documento auténtico.

3. Algún autor se plantea la concurrencia de la insolvencia fraudulenta con el delito de presentación de datos contables falsos

que ya se haya abierto un procedimiento concursal, refiriéndose el término “declaración” a la calificación definitiva de la quiebra, concurso o suspensión de pagos. En el mismo sentido, vid. SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 740.

103 Así, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., pp. 270-271, que no tiene presente que en la suspensión de pagos no hay sentencia.

104 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 271.

para conseguir indebidamente la apertura de un procedimiento concursal cuando el autor de los dos delitos es la misma persona, señalando que “en relación con el delito de insolvencia punible del artículo 260 la presentación de datos falsos es *lex consumptae*, dada la finalidad perseguida por el sujeto”¹⁰⁵. Sin embargo, teniendo presente que el ámbito de aplicación del art. 261 CP, como he tenido ocasión de señalar, abarca el momento de la solicitud, que es anterior a la declaración de apertura del procedimiento concursal, es obvio que el hecho no coincide con el del delito de insolvencia fraudulenta, cuyo ámbito de aplicación se extiende justamente a partir de la apertura del procedimiento concursal. Sólo cabría aplicar un concurso real de delitos. Antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal existiría una excepción, constituida por el supuesto de que ya se haya abierto un expediente de suspensión de pagos y el deudor o los acreedores presenten datos contables falsos con el fin de lograr indebidamente que se sobresea el expediente de suspensión y se declare la quiebra. En caso de que, excepcionalmente, se produjera esa situación, por ej. el deudor presenta datos contables falsos durante la tramitación de un expediente de suspensión de pagos para conseguir indebidamente la declaración de quiebra, ocultando parte del activo que debería figurar en la contabilidad, y esa falsedad ideológica es el medio de causar o agravar la situación de crisis económica o la insolvencia, puesto que aparentemente el deudor se presenta como insolvente definitivo, con un pasivo superior al activo, cuando la situación sería la propia de una insolvencia provisional y, por tanto, el procedimiento aplicable debiera ser la suspensión de pagos, a mi juicio se produce un concurso teleológico o medial de delitos, aplicándose, como ya he señalado, la pena del delito de insolvencia fraudulenta en su mitad superior.

105 SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 741.