

Insolvencias punibles: estudios sobre el tratamiento del alzamiento de bienes en el Derecho penal español

Ana Lucía Heredia Muñoz
Gerson W. Camarena Aliaga

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

RESUMEN: *El alzamiento de bienes es un delito que cuenta con una regulación de larga data en el ordenamiento jurídico español. Con la proscripción de la prisión por deudas y la existencia de mecanismos tales como los previstos por la acción paulina, se establece una línea muy fina que separa una situación de insolvencia y una insolvencia punible. Así pues, en este trabajo estudiaremos el tratamiento jurídico de las conductas de insolvencia, centrándonos en el “alzamiento de bienes”.*

PALABRAS CLAVE: *Insolvencias, insolvencias punibles, alzamiento de bienes, derecho de crédito y orden socioeconómico.*

ABSTRACT: *The concealment of assets is a crime that has a long tradition in the Spanish legal system regulation. With the proscription of the prison by debts and the existence of mechanisms such as the provided by the action Pauline, it sets a very fine line that separates a situation of insolvency and a punishable solvency. Thus, in this paper we will study the legal treatment of insolvency behaviour, focusing on the "concealment of assets".*

KEY WORDS: *Insolvency, insolvency punishable, hoist of property, right of credit and order socio-economic.*

SUMARIO: *1. Introducción; 2. La insolvencia; 3. Alzamiento de bienes; 4. Modificaciones introducidas por la LO 1/2015; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía citada.*

1. Introducción

El tratamiento de la insolvencia ha variado según los cambios sociales, políticos y económicos que se han ido produciendo a lo largo del tiempo.¹ En el Derecho arcaico, el sólo incumplimiento de las obligaciones contraídas acarrea la imposición de sanciones de carácter penal que consistían en castigos corporales u otro tipo de sanciones que afectaban la dignidad del sujeto deudor.²

Una situación similar ocurría con el Derecho de las XII Tablas, donde mediante la *legis actio per manus iniectioem* se le permitió al acreedor insatisfecho, una vez transcurridos 30 días desde el incumplimiento del pago de la deuda, aprehender corporalmente al deudor. Esto era posible siempre que la acción fuera precedida por una sentencia emitida por el magistrado o cuando, ante éste, el deudor reconociera la existencia de la deuda y su impago.³

En la baja Edad Media, un cambio importante se produjo en el tratamiento jurídico de la insolvencia, sustituyéndose la sanción de carácter personal por la de tipo patrimonial. Así pues, este cambio supuso el inicio de una confrontación de ideas sobre la naturaleza de la sanción de la insolvencia.

En el año 1885, con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se proclamó *formalmente* la supresión de la prisión por deudas.⁴

Actualmente, la labor jurídica de la doctrina y de nuestros legisladores se centra en justificar la intervención del Derecho penal en la regulación de la insolvencia, así como determinar de manera nítida sus límites frente al Derecho civil.

Siendo éstas las necesidades actuales que hay que satisfacer sobre el estudio de la insolvencia, nos dedicaremos en este trabajo a estudiar concretamente el delito tipificado en el art. 257º Código Penal español (CP): el alzamiento de bienes. Identificaremos cuál es el bien jurídico que se afecta, comprobaremos si es necesaria la intervención del *ius puniendi* y fija-

remos sus límites respecto al Derecho civil. Como es de común práctica, estudiaremos también los elementos del tipo de este delito. Y, por último, pronunciaremos algunos comentarios sobre su necesidad o no de regulación en el ámbito normativo peruano.

2. La insolvencia⁵

La palabra *insolvencia* posee distintos significados según el contexto. A efectos del desarrollo del este trabajo importa señalar su significado para los ámbitos mercantil y penal.

2.1. Definición mercantil de insolvencia

Antes de la entrada en vigencia de la actual Ley Concursal —Ley 22/2003—, la doctrina concebía la existencia de dos tipos de insolvencia: *a)* provisional o relativa, la cual se identifica con aquella situación en la que a pesar de que el activo es superior o igual al pasivo, por razones de liquidez, el pago de las deudas es inoperante de forma pasajera o transitoria; y *b)* definitiva o absoluta, la cual se identifica con aquella situación en la que existe un desequilibrio en el patrimonio del deudor, donde el activo es inferior al pasivo.⁶

Conforme a ello, se llegaba a entender que el estado de insolvencia podía deberse a la imposibilidad de realizar los bienes y derechos existentes al momento de la exigibilidad de la deuda (insolvencia provisional) o a una situación de insuficiencia de bienes (insolvencia definitiva).

Cabe precisar que, para la doctrina mercantilista, la insolvencia relativa o provisional no era propiamente un tipo de insolvencia, ya que, como explica Sánchez Calero, la insolvencia hace referencia a un estado de impotencia patrimonial permanente que mal puede vincularse con el término de provisional.⁷ Para este sector de la doctrina, no es correcto hacer referencia a la existencia de una insolvencia provisional sino más bien a una falta de liquidez.

¹ Souto García, E., *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 21.

² Lacruz Berdejo, J., *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Dykinson, Madrid, 2003, p. 11.

³ García Garrido, M., *Derecho privado romano. Casos, acciones e instituciones*, Ediasa, Madrid, 2004, p. 149.

⁴ Souto, *op. cit.*, p. 24.

⁵ Si tomamos los antecedentes históricos, veremos que el Digesto Romano utiliza el verbo *solvere* para expresar el hecho de “quedar liberado” de una obligación, por lo que “insolvente” vendría a ser lo contrario a *solvens*, es decir, el que incumple o no puede cumplir una obligación. Cfr. Campomanes Camino, M., “La tutela judicial efectiva de los derechos de los acreedores común insolvencia”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 42, 2002. Disponible en: www.westlaw.es Fecha de consulta: 15 de abril de 2016.

⁶ Uria González, R., *Derecho mercantil*, 28ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 1017.

⁷ Sánchez Calero, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. II, 25ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 2003, p. 495.

Puesta ya en vigencia la Ley 22/2003, de 9 de julio de 2003, el legislador postula una definición de insolvencia en el art. 2.2º, considerándola como el estado patrimonial según el cual el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Acorde con esta disposición normativa, podríamos incluir aquí los conceptos de insolvencia relativa y definitiva.

Además, con esta ley, el legislador ofrece también una nueva clasificación de la insolvencia según el momento de producción de insolvencia. Así pues, la insolvencia puede ser actual e inminente. La actual es aquella que se produce en el momento en que la deuda se vuelve exigible, mientras que la inminente hace referencia a la previsión del deudor de no poder cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. A modo de ejemplo, en la compra a plazos de un coche nos encontraremos ante una situación de “insolvencia actual” cuando nuestro pasivo supere a nuestro activo en las fechas previstas de pago; mientras que estaremos ante uno de “insolvencia inminente” cuando, a pesar de haber pagado algunas de las cuotas, sea previsible que no cumpliremos con las siguientes debido a que nuestro pasivo superará nuestro activo para ese entonces.

2.2. Definición penal de insolvencia

La doctrina ha definido de diversas formas la “insolvencia”. Quienes siguen la definición clásica la consideran como el estado por el cual una persona no puede hacer frente a sus deudas regularmente.⁸

Para Bajo Fernández, la insolvencia es un estado de hecho y, por tanto, una realidad previa al Derecho desprovista de toda valoración jurídica.⁹ Se trata, pues, de una situación fáctica que hace referencia a un estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles, lo que conlle-

va al acreedor a no encontrar medios para poder satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor. Como es de observar, el citado autor identifica la insolvencia con lo que los mercantilistas denominan insolvencia definitiva y no con la insolvencia provisional.

Esta posición es también compartida por la doctrina mayoritaria en el ámbito penal. Es por ello que, como señalan Vives Antón y González Cussac, sólo la insolvencia definitiva es la que interesa al Derecho penal.¹⁰

La doctrina minoritaria clásica, por otro lado, considera que la insolvencia no solamente es la definitiva sino también la provisional, pues lo que verdaderamente interesa al Derecho penal es que el deudor no pueda hacer frente a sus obligaciones, sin importar si dicha imposibilidad se debe a la insuficiencia de activos (insolvencia definitiva) o a la falta de liquidez (insolvencia provisional). Una variante de esta posición, a la cual nos adherimos, sostiene que por regla general el Derecho penal sólo debe intervenir en los supuestos de insolvencia definitiva; sin embargo, y de forma excepcional, sancionaría la insolvencia provisional mediante el delito de alzamiento de bienes cuando el deudor provoque su falta de liquidez —como medio idóneo— para la obstaculización del procedimiento ejecutivo y, de ser el caso, también para los supuestos de concursos iniciados por una situación de insolvencia transitoria (art. 257.1.2º CP).¹¹

Por último, un aspecto importante que debemos destacar es que la insolvencia, para ser sancionada penalmente, debe reflejar un estado al cual el deudor ha llegado de manera intencional.¹² Tal como lo sostiene Gómez Pavón, lo sancionable es la situación de insolvencia lograda mediante el ocultamiento (alzamiento), provocación o la agravación de la insolvencia mediante la realización de conductas fraudulentas;¹³ ya que con ello se consigue la frustración de la ex-

⁸ Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A., “Receptación y blanqueo de capitales”, en Serrano Gómez, A., *et al.*, *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 293. En igual sentido, véase Monge Fernández, A., “Insolvencias punibles”, en Polaino Navarrete, M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, Tecnos, Madrid, 2011, p. 114; Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 466; entre otros.

⁹ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo Saggese, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 419.

¹⁰ Vives Antón, T., y González Cussac, J., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 14

¹¹ Souto, *op. cit.*, p. 165.

¹² En esta misma línea, véase Gómez Martín, F., *Ley concursal e insolvencias punibles*, Comares, Granada, 2004, p. 51.

¹³ Buruaga Puertas sostiene que el elemento definidor del fraude en las insolvencias se ve reflejado en el hecho de que el deudor quebranta la confianza y la buena fe que en su capacidad de pago tenían sus acreedores. Cfr. Buruaga Puertas, V., *La calificación de las insolvencias*, Atelier, Barcelona, 1999, p. 71.

Insolvencias punibles: estudios sobre el tratamiento del alzamiento de bienes en el Derecho penal español

pectativa generada en el acreedor —con base en la institución del crédito— de poder satisfacerse en el patrimonio del deudor.¹⁴

2.3. Tipos de insolvencia

Siguiendo la clasificación tradicional, consideraremos que la insolvencia podrá ser: real o aparente,¹⁵ y total o parcial.¹⁶

La insolvencia es real cuando los bienes existentes en el patrimonio del deudor no son suficientes para poder hacer frente a sus obligaciones o cuando el deudor no tiene la liquidez suficiente al momento en que le es exigible el pago de su deuda.¹⁷

Por otro lado, estaremos ante una insolvencia aparente cuando el deudor, pese a contar con el patrimonio suficiente, no puede afrontar sus deudas porque ha ocultado una parte o la totalidad de sus bienes.¹⁸ En este caso, la solvencia —por decirlo así— se oculta, de modo que no pueda emplearse para la satisfacción de los créditos.¹⁹

Además de estos dos tipos de insolvencia, la doctrina y jurisprudencia españolas han apuntado otro tipo de clasificación, indicando que la insolvencia puede ser también total o parcial. Es total cuando el deudor realiza actos de disposición o generadores de obligaciones que imposibilitan encontrar bien alguno en su patrimonio; mientras que es parcial cuando el deudor no ha podido desprenderse de todo su patrimonio, con lo cual todavía puede hacer frente al menos a una parte de la deuda contraída.

Finalmente, cabe destacar que el Derecho penal proscribía la prisión por deudas. Por tanto, quien incumplía sus obligaciones por error o de forma voluntaria, sin producir un desequilibrio entre los valores

realizables y las deudas exigibles, no incurría en una insolvencia punible.²⁰ Tampoco incurría en esta situación la persona que no dispone de liquidez suficiente para cumplir con el pago de las deudas, siempre que no haya realizado maniobras defraudatorias para llegar a dicho estado de insolvencia.²¹

3. Alzamiento de bienes

El art. 257.1.1 CP prevé el tipo base del delito de alzamiento de bienes —el cual figura desde el CP de 1848 como un tipo autónomo frente a las demás insolvencias y defraudaciones—,²² mientras que los arts. 257.1.2 y 257.2 CP disponen modalidades de este tipo penal.

Al respecto, el Tribunal Supremo, mediante la sentencia núm. 1101/2007, de 27 de diciembre de 2007, en su cuarto fundamento de derecho ha señalado que el **“alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse”**.

Lo expuesto por el Tribunal Supremo sintetiza de manera clara la esencia de este delito: incurrir en sanción penal quien, por medio de maniobras fraudulentas, se libera de sus bienes con el único objetivo de no satisfacer las obligaciones contraídas con su acreedor.

Por otro lado, este mismo Tribunal ha señalado cuáles son los elementos que deben concurrir para determinar que nos encontramos ante la comisión de este delito. Dichos elementos son los siguientes:²³

a) **La existencia de uno o más créditos contra el sujeto activo**, generalmente anteriores a su acción, reales y de ordinario vencidos, líquidos y exigibles,

¹⁴ Gómez Pavón, P., “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Revista Cuadernos de Política Criminal*, núm. 64, 1998, p. 45.

¹⁵ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 43. Cabe precisar que basta con la creencia generalizada de que el deudor no puede responder con su patrimonio por el incumplimiento de sus obligaciones.

¹⁶ Para Bajo Fernández, la diferencia entre insolvencia parcial y total carece de sentido frente a las figuras delictivas que se tratan en las insolvencias punibles, ya que, en la medida en que el deudor no pueda satisfacer sus obligaciones, decimos que es insolvente, siendo que el hecho de que pueda saldar parte de ellas o ninguna resultaría indiferente, siendo en ambos casos insolvente. Cfr. Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 420.

¹⁷ Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, p. 123.

¹⁸ Faraldo Cabana, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXIV, 2004, p. 287.

¹⁹ Souto, *op. cit.*, p. 172.

²⁰ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 43.

²¹ Serrano Gómez, y Serrano Maíllo, *op. cit.*, p. 294.

²² Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 462.

²³ Véase la STS núm. 1101/2007, de fecha 27 de diciembre de 2007.

empleándose las expresiones adverbiales “generalmente” y “de ordinario” porque es frecuente que el defraudador, ante la inminencia de que su deuda se convierta en vencida y exigible, se anticipe con una operación que frustre las futuras y legítimas expectativas de su acreedor o acreedores mediante la adopción de medidas idóneas para burlar sus derechos.²⁴

b) *Un elemento dinámico*, que no queda circunscrito —como cabría deducir del *nomen* tradicional del delito— a la fuga o desaparición del deudor, sino que puede consistir en la ocultación o destrucción de su activo, en enajenaciones reales o ficticias, onerosas o gratuitas, pero en todo caso con desaparición del valor obtenido en su caso con la transmisión de los bienes, en liberalidades excesivas, en constitución simulada de gravámenes, en reconocimiento de créditos inexistentes y privilegiados y en otras muchas formas comisivas que el ingenio del deudor pueda inventar.

c) *Un elemento tendencial* que consiste en el ánimo de perjudicar a los acreedores mediante la elusión de la responsabilidad patrimonial universal establecida en los arts. 1111 y 1191 CC.²⁵

d) *Un resultado*, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo.

3.1. Bien jurídico protegido

Respecto de la problemática que gira en torno al bien jurídico protegido podemos identificar tres líneas de opinión: quienes consideran que el alzamiento de bienes es un delito patrimonial; quienes entienden que nos encontramos frente a un delito de naturaleza socioeconómica²⁶ y, finalmente, quienes defienden una posición intermedia, entendiendo que este delito es de naturaleza mixta, ya que involucra tanto el patrimo-

nio como el orden socioeconómico. A continuación, desarrollaremos las posturas antes señaladas:

3.1.1. Posición patrimonialista

Para este sector de la doctrina el interés jurídico protegido en este tipo de delitos es el derecho de los acreedores a la satisfacción de los créditos contraídos mediante el patrimonio de su deudor.²⁷ Cabe señalar que, según esta posición, el patrimonio del acreedor se encuentra integrado por el derecho de crédito individual del acreedor a satisfacerse en el patrimonio del deudor cuando éste incumple sus obligaciones y por el derecho que tiene el acreedor al cumplimiento de la obligación, pero sólo el primero de los mencionados sería el bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes, ya que en este delito no se castiga el mero incumplimiento de las obligaciones, sino aquellas conductas fraudulentas por las que el deudor frustra el derecho que tienen los acreedores —a consecuencia de lo establecido en el artículo 1911 CC— de satisfacerse con el patrimonio del deudor.²⁸

Caballero Brun destaca que los defensores de esta postura consideran que este delito protege por la vía penal el dispositivo de garantías que el ordenamiento jurídico privado prevé para asegurar el intercambio de bienes y servicios entre particulares por medio de una estructura jurídica que es la relación jurídica obligacional.²⁹

Quintano Ripollés se muestra a favor de esta primera posición al señalar que las insolvencias pueden ser consideradas como infracciones sobre el propio patrimonio, pese a que el resultado lesivo se proyecte también, en último término, sobre intereses económicos extraños que, como es de prever, se encuentran en dimensiones de generalidad y mero riesgo; en todo caso, para el citado autor, el bien jurídico protegido es el derecho de crédito del acreedor o acreedores sobre el patrimonio del deudor, quien se encuentra afectado al cumplimiento de sus obligaciones en los términos que establece el art. 1911 CC.³⁰

²⁴ En la misma línea se pronuncia la STS de fecha 5 de julio de 2005.

²⁵ Véase también, la STS de fecha 18 de febrero de 2005.

²⁶ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 36.

²⁷ Suárez-Mira Rodríguez, C. (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, 6ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 279; Serrano, *op. cit.*, p. 293; Monge, *op. cit.*, p. 114.

²⁸ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 423.

²⁹ Caballero Brun, F., *Insolvencias punibles*, Iustel, Madrid, 2008, p. 70.

³⁰ Quintano Ripollés, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t. III, Edersa, Madrid, 1978, p. 199. En similar sentido, Muñoz

Insolvencias punibles: estudios sobre el tratamiento del alzamiento de bienes en el Derecho penal español

Por último, Gómez Benítez, quien también se adscribe a esta postura, sostiene que lo específicamente protegido por el Derecho penal es la posibilidad real de cobrar las obligaciones al momento del vencimiento. Tanto en el Derecho civil como en el penal se protege el derecho de crédito frente al incumplimiento de obligaciones de pago del deudor, sin embargo la intervención del *ius puniendi* sólo se legitimará cuando la imposibilidad del cobro de las obligaciones ha sido dolosamente causada y agravada por el deudor a fin de perjudicar a los acreedores.³¹

3.1.2. Posición metapatrimonialista

Este sector de la doctrina considera que el bien jurídico es de naturaleza supraindividual, entendiendo que lo inmediatamente protegido por este delito como bien jurídico está más allá del individuo y, en consecuencia, del patrimonio individual.

Según esta posición, lo que se afectaría es el ordenado ejercicio del comercio, resaltándose con ello la vinculación de las insolvencias punibles con los denominados delitos socioeconómicos.³² Inclusive, algunos autores señalan que no se puede sustentar que el bien jurídico es el derecho del acreedor, ya que sería paradójico que el Estado protegiese el derecho de aquel acreedor irresponsable que no tomó las medidas suficientes para tener por seguro la satisfacción de su crédito.

Sobre el tema, Queralt Jiménez sostiene que el bien jurídico protegido es 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. Asimismo, agrega que la punición de estas conductas supone claramente la instrumentalización de los encargados frente al resto de miembros de la colectividad para demostrar la seriedad del sistema.³³

Gómez Pavón nos recuerda que para Bustos Ramírez el bien jurídico protegido es el sistema crediticio, ya que considera al crédito como pieza clave del sistema económico. Resalta que, para dicho autor, este sistema es especialmente predicable para todos los supuestos concursales, ya que si sólo afecta al patrimonio no tendría sentido su carácter universal, el cual únicamente sería explicable por la afección al funcionamiento del sistema. La configuración de la empresa, desarrollo y ampliación, sólo es posible a través del crédito, siendo que, con esta visión se justifica que los actos de disposición sobre el propio patrimonio, en principio, lícitos puedan adquirir relevancia penal cuando afectan a la institución del crédito.³⁴

3.1.3. Posición mixta

Quienes suscriben esta postura consideran que el alzamiento de bienes es un delito pluriofensivo, ya que se afecta a más de un bien jurídico protegido; en el caso concreto, el patrimonio y el orden socioeconómico.

Esta postura surge como una posición intermedia o mixta al considerar que el bien jurídico protegido sería tanto la satisfacción de los acreedores como la economía crediticia, posicionándose así en una zona intermedia entre los delitos patrimoniales y los socioeconómicos, según la cual tendría como finalidad asegurar la garantía de los acreedores (dimensión individual) y proteger el tráfico mercantil, y con ello el orden económico y social (dimensión social).³⁵ Dicho de otro modo, los autores que suscriben esta postura manifiestan que lo que se afecta mediante estas figuras delictivas son, en primer lugar, un bien jurídico patrimonial como es el derecho de crédito y, en segundo lugar, el orden económico.³⁶

Gómez Pavón señala al respecto que existe una relevancia socioeconómica de las insolvencias punibles,

Conde señala que el bien jurídico común a todas las insolvencias “[...] es el derecho de crédito del acreedor o acreedores, concretado en el derecho a la satisfacción que tienen sobre el patrimonio del deudor en el caso de que éste incumpla sus obligaciones, como contrapartida del deber que tiene el deudor de responder en caso de incumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes o futuros en base al art. 1911 CC”. Cfr. Muñoz Conde, *Derecho...*, op. cit., p. 458.

³¹ Gómez Benítez, J., *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*, Colex, Madrid, 2001, p. 224.

³² Gómez Pavón, op. cit., p. 39.

³³ Queralt Jiménez, J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 748.

³⁴ Gómez Pavón, op. cit., p. 40.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., op. cit., p. 415. Resulta pertinente resaltar, tal como lo hace Bajo Fernández, que los delitos de insolvencia son algunos de los más característicos de entre los delitos económicos, siendo que la importancia criminológica de ello estriba en la reacción en cadena, ya que se van transmitiendo de unos empresarios a otros las dificultades de pago y las crisis, los despidos masivos de trabajadores, el alza de interés en los institutos de crédito, etcétera.

tanto por los daños que materialmente puedan causar como por la incidencia en la confianza en la actividad empresarial³⁷ basada en la institución del crédito.³⁸

Por su parte, Luzón Cuesta, siguiendo a Conde-Pumpido, sostiene que se puede considerar que estos delitos atentan contra el sistema crediticio, por lo que el patrimonio del acreedor no será tutelado frente a las situaciones de insolvencia, sino sólo frente a determinados comportamientos causales de esa insolvencia, ya que ésta por sí sola no constituye delito alguno.³⁹

3.1.4. Toma de postura

En cuanto al bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes, nos decantamos por la postura intermedia, ya que si partimos de la premisa de que el derecho de crédito no es sólo un instrumento jurídico de la economía de mercado y de la libertad de la empresa, sino también condición *sine qua non* para el desarrollo de éstas, podemos sostener que con un solo acto lesivo no únicamente se puede afectar el derecho de crédito de un particular (bien jurídico individual) sino también el orden socioeconómico en su conjunto (bien jurídico colectivo).

Por ello, se requiere realizar una imprescindible concienciación general respecto del considerable daño económico a la sociedad en su conjunto —y no sólo al afectado— con la lesión de un derecho de crédito, pues dicha lesión puede acarrear consecuencias mayores como el desmantelamiento de empresas y la pérdida de puestos de trabajo.⁴⁰

3.2. Análisis del art. 257.1.1º CP

3.2.1. Presupuesto típico extrapenal

En el delito de alzamiento de bienes, la preexistencia de una relación jurídica obligatoria constituye un pre-

supuesto objetivo para su tipicidad,⁴¹ ya que sin este vínculo jurídico no podría hablarse de un derecho de crédito.⁴²

El término “obligación” puede ser definido como el vínculo jurídico que liga a dos o más personas, en virtud del cual una de ellas —el deudor— queda sujeta a realizar una prestación a favor de otra —el acreedor— para la satisfacción de un interés digno de protección. Al acreedor le asiste el denominado derecho de crédito, el cual le otorga el poder para exigir el cumplimiento de la obligación contraída.⁴³

El nacimiento de una obligación supone siempre para el acreedor el riesgo de que el deudor no cumpla con la prestación debida, esto es, un riesgo normal con el que el acreedor debe contar, aunque, como sabemos, éste puede forzar el cumplimiento de las obligaciones, en principio, mediante los mecanismos previstos en el CC.

Toda obligación debe de ser cumplida en su debido momento, por ejemplo, si nos encontramos ante una obligación pura, el cumplimiento de ésta será tan pronto como exista,⁴⁴ mientras que si nos encontramos frente a una obligación sometida a término o plazo, la exigibilidad de ésta será cuando se produzca su vencimiento.⁴⁵

En el caso de que la deuda se encuentre vencida y el deudor no hubiere cumplido con pagarla, el acreedor, valiéndose de lo establecido en el ámbito civil, podrá solicitar la ejecución forzosa, entre otras acciones. Debemos recordar que el mero incumplimiento de la obligación es impune, máxime si tenemos en cuenta que el ordenamiento jurídico español prohíbe la prisión por deudas.

El incumplimiento será penalmente relevante, siempre y cuando la conducta del deudor traspase los límites de la libertad contractual y de su poder de disposición sustrayéndose a las consecuencias de su incumplimiento, ocultando sus bienes y eludiendo así

³⁷ Sostiene Queralt Jiménez respecto del bien jurídico que: “No interesa aquí tanto el daño concreto que pueda infligirse a esa persona o personas concretas, como la quiebra de las relaciones económicas (y no sólo mercantiles, piénsese en los trabajadores afectados) que estos delitos suponen”. Cfr. Queralt, *op. cit.*, p. 747.

³⁸ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 41.

³⁹ Luzón Cuesta, J., *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 2011, p. 177.

⁴⁰ Campomanes, *op. cit.*

⁴¹ Córdoba Roda, J., y García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 868.

⁴² El derecho de crédito puede ser definido como aquella situación de poder jurídico, económico y social que el ordenamiento concede a la persona del acreedor para la tutela y logro de su interés. Cfr. Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho civil*, t. II, Cívitas, Madrid, 1996, p. 102.

⁴³ Albaladejo García, M., *Derecho civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 2002, p. 15.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 136.

⁴⁵ Lacruz, *op. cit.*, p. 146.

Insolvencias punibles: estudios sobre el tratamiento del alzamiento de bienes en el Derecho penal español

su responsabilidad patrimonial, colocándonos en una situación donde las medidas previstas en el Derecho civil no bastan. El derecho de crédito, en su vertiente de derecho a la satisfacción, se ve de esta manera notablemente perjudicado y es entonces cuando hay que recurrir al Derecho penal, ya que éste protege al mencionado Derecho mediante la prohibición de los comportamientos dolosos del deudor que puedan lesionarlo.⁴⁶

El alzamiento de bienes descansa en la existencia de una relación jurídico-obligacional —una relación crediticia—⁴⁷ que debe ser previa a la comisión del delito.⁴⁸ No es necesario que la obligación esté vencida ni que sea líquida⁴⁹ ni tampoco exigible,⁵⁰ ya que si se tuviera que esperar a que la deuda fuera exigible, líquida y vencida —por haber llegado el momento de su cumplimiento— bastaría con que el deudor se alce con sus bienes en un momento, incluso, inmediatamente, anterior a dicho instante para que su conducta creadora de insolvencia no fuera típica, lo cual supondría el caos del sistema económico, pues la inseguridad del crédito sería abrumadora.⁵¹

La limitación temporal que ofrece la preexistencia de la obligación es un elemento que debemos tener siempre en cuenta, ya que, de lo contrario, si estuviésemos ante el supuesto de que el sujeto tuviese intención de defraudar una deuda futura —es decir, la deuda aún no adquirida— nos encontraríamos probablemente ante un delito de estafa.

La determinación de la existencia de este presupuesto lo hará el Tribunal de lo penal con total independencia, salvo en los casos en que ese presupuesto sea objeto de litigio ante otro tribunal (en sede no penal), ya que en dicho supuesto se debe de esperar a la resolución de éste, no para quedar vinculado a su

decisión, sino para tenerla en cuenta como un hecho más —véase STS de 4 de julio de 1980—.⁵²

Ahora bien, debe resaltarse que en la práctica el acreedor usualmente conocerá el fraude realizado por el deudor una vez que la deuda se encuentre vencida, ya que es en ese preciso momento en el que tendrá derecho a cobrar la deuda y no podrá hacerlo.⁵³ Sin embargo, como ya se ha señalado anteriormente, no es necesario que la obligación se encuentre vencida para que se pueda afirmar que nos encontramos ante un verdadero alzamiento de bienes, siendo sólo suficiente que la misma haya nacido.⁵⁴

En conclusión, el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor sin que haya una maniobra fraudulenta de por medio carece como tal de relevancia como bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia, siendo que sólo en el supuesto de que ese incumplimiento obligacional estuviese acompañado o se tradujese en la frustración del interés del acreedor en satisfacer en el patrimonio del deudor —porque éste evade los bienes que conforme al art. 1911 CC están adscritos al cumplimiento de las obligaciones—, se justificaría la intervención del Derecho penal a través de los delitos de insolvencia, surgiendo el presupuesto objetivo de las llamadas insolvencias punibles,⁵⁵ y en particular del delito de alzamiento de bienes.

Lo antes mencionado es acorde con lo señalado por el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 163/2006, de 10 de febrero de 2006, donde en el segundo fundamento de derecho señala que “Lo que el Código castiga no es el empobrecimiento del deudor, como modalidad de la proscrita ‘prisión por deudas’, sino la conducta dolosa de quien reduce u oculta su patrimonio para defraudar los derechos de sus acreedores que ven así frustradas las legítimas condiciones en que efectuaron la contratación”.

⁴⁶ Campomanes, *op. cit.*

⁴⁷ Ceres Montés resalta que no es preciso una previa declaración judicial civil de la existencia de la deuda, pudiendo decidir el juez penal sobre su existencia a los efectos de la represión. Cfr. Ceres Montés, J., “La insolvencia punible en el nuevo Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 287, 1997. Disponible en: www.westlaw.es Fecha de Consulta: 10 de mayo de 2016.

⁴⁸ En igual sentido, véase Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁹ La deuda es líquida cuando su cuantía está fijada numéricamente o basta una simple operación aritmética para obtener su cuantía exacta. Cfr. Souto, *op. cit.*, p. 260.

⁵⁰ Siguiendo esa misma línea de razonamiento, véase Campomanes, *op. cit.*

⁵¹ Queralt, *op. cit.*, p. 751.

⁵² Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 463.

⁵³ Yzquierdo Tolsada, M., “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, enero-marzo de 2006, p. 279.

⁵⁴ Vives, T., González, J., *op. cit.*, p. 50.

⁵⁵ Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 461.

3.2.2. Sujetos

A. Sujeto activo

El alzamiento de bienes es un delito especial propio, ya que sólo puede ser sujeto activo aquella persona en la que concurra la condición de sujeto obligado al pago de una deuda,⁵⁶ es decir, el deudor, el cual debe de ser también propietario de los bienes alzados,⁵⁷ no existiendo distinción alguna entre comerciantes, particulares, personas físicas y jurídicas⁵⁸ —es de mencionarse que, a diferencia del Código anterior, no se hace distinción entre el sujeto activo comerciante y el no comerciante, a efectos de la penalidad—. ⁵⁹

Suárez González acota que no sólo puede ser considerado sujeto activo el directamente obligado al pago, sino también los obligados subsidiarios, como, por ejemplo, avalistas, fiadores y responsables civiles subsidiarios.⁶⁰ La obligación de estos últimos es subsidiaria y complementaria, de forma que sólo si el deudor principal no paga el tercero que se comprometió a suplirle tendrá que hacerse cargo de la deuda.⁶¹

En doctrina, se cuestiona si se puede hablar de insolvencia cuando existe un fiador solvente que responde de las deudas del alzado; la respuesta que se ha brindado en la doctrina y en la jurisprudencia es que, en la medida en que la fianza pueda considerarse como elemento económico en el patrimonio del alzado, no habrá insolvencia, y que tampoco la habrá aun en el caso de que el obligado principal, es decir, el deudor, haya ocultado sus bienes —o parte de ellos—, si es que el fiador tiene el patrimonio suficiente como para poder solventar las deudas.⁶²

Otro tema debatido referido al fiador se vincula al momento desde cuándo puede considerarse sujeto

activo del delito de alzamiento de bienes. La doctrina mayoritaria considera que, en virtud del art. 1830 CC, el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin haberse realizado previamente la excusión de todos los bienes del deudor. Siendo ello así, el fiador sólo podrá ser sujeto activo cuando el comportamiento típico se lleve a cabo una vez verificada la excusión.⁶³

En cuanto a las personas jurídicas, el Tribunal Supremo señaló en la sentencia del 18 de junio de 1999 que es delito de alzamiento de bienes la dación en pago entre empresas de las que son administradores únicos los deudores con la finalidad de defraudar a los acreedores, ya que concurren los elementos configuradores del tipo delictivo debiendo consecuentemente condenarse a los administradores.⁶⁴ Similar situación se produce en la STS de 11 de noviembre de 2003 en la que se condena por un delito de alzamiento de bienes a los administradores de una sociedad unipersonal de distribución de libros que, cambiando de nombre, pretendió eludir sus obligaciones con sus acreedores.⁶⁵

B. Sujeto pasivo

En cuanto al sujeto pasivo, los que mantienen la postura de que el bien jurídico protegido es patrimonial llegan a la conclusión de que el sujeto pasivo es el acreedor titular del derecho de crédito, ya que el interés de este último es el que se estaría protegiendo desde la perspectiva penal por medio del delito de alzamiento de bienes.⁶⁶ Si bien, con ello no descartan la posibilidad de que la sociedad en general pudiera sufrir las consecuencias negativas de los ataques particulares que generalizan en el sistema jurídico que

⁵⁶ Souto, *op. cit.*, p. 289.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 465. Queralt Jiménez señala que el deudor no sólo se alza con los bienes sobre los que ejerce el derecho de propiedad, sino sobre cualquier otro que por cualquier título esté en su patrimonio. Cfr. Queralt, *op. cit.*, p. 751.

⁵⁸ Queralt, *op. cit.*, p. 749.

⁵⁹ Luzón, *op. cit.*, p. 178.

⁶⁰ Suárez González, C., “Insolvencias punibles”, en Bajo Fernández, M. (dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 521. En similar sentido, Ocaña Rodríguez, A., *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1997, p. 65.

⁶¹ Bustos Valdivia, C., Moreno Quesada, B., y Trujillo Calzado, M., *Derecho patrimonial civil*, Comares, Granada, 2006, p. 312.

⁶² Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 424. En igual sentido pueden verse las STS de 27 de abril de 2000, la del 30 de abril del 2003, entre otras.

⁶³ Caballero, *op. cit.*, p. 222.

⁶⁴ Moya Jiménez, A., *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2010, p. 165.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 164.

⁶⁶ Souto, *op. cit.*, p. 214.

canaliza el intercambio de bienes y servicios, esta posición resuelve que, el mero hecho de que la sociedad sufra indirectamente dichas consecuencias no es motivo suficiente para considerarla como titular del bien jurídico protegido.⁶⁷

Por otro lado, los que mantienen la postura de que el bien jurídico protegido es de índole colectiva sostienen que el titular del bien jurídico protegido es únicamente la sociedad. Aun cuando no desconocen la afectación producida al acreedor con el alzamiento, consideran que no debe confundirse la situación del afectado con la de titular del bien jurídico.

Finalmente, quienes sostienen que el delito de alzamiento de bienes es uno pluriofensivo —posición a la cual nos adherimos—, señalan que el sujeto pasivo *directo* sería el acreedor o acreedores titulares del bien jurídico afectado por la acción del deudor,⁶⁸ mientras que el sujeto pasivo *indirecto* sería la comunidad económica, afianzándose de esta manera la postura de quienes identifican al delito de alzamiento de bienes como uno contra el sistema socioeconómico en su conjunto.⁶⁹

3.2.3. Objeto material

El objeto material del delito es aquel ente sobre el cual recaen en forma inmediata las acciones del agente cuando se comete un atentado contra el bien jurídico protegido.⁷⁰

En el caso del delito de alzamiento de bienes, el objeto material se encuentra constituido por la totalidad de los bienes patrimoniales del deudor,⁷¹ bienes sobre los cuales ejerce el derecho de propiedad o tiene en su patrimonio bajo cualquier otro título,⁷² salvo los inembargables⁷³ —ya que sobre ellos el acreedor

no puede hacer efectivo su crédito, frente a ellos son ineficaces los procedimientos ejecutivos y, por tanto, no son valores realizables—. ⁷⁴

Es de señalar que el uso del término “bienes” debe entenderse en sentido amplio, es decir, comprende tanto los bienes materiales como los inmateriales, los muebles e inmuebles y también los créditos, siempre que tengan la cualidad de ser embargables y puedan estar afectos al cumplimiento de las obligaciones que impone el art. 1911 CC.⁷⁵

Los bienes adquiridos con posterioridad a la fecha de asunción o vencimiento de la deuda forman parte del patrimonio del deudor, y en consecuencia quedan afectos a la garantía patrimonial.⁷⁶

También debe tenerse en cuenta que los bienes, para que puedan ser objeto material de este delito, deben tener la capacidad de ser valorados económicamente, es decir, deben ser susceptibles de ser incorporados al tráfico mercantil o económico y, consecuentemente, al patrimonio, de ahí que los bienes carentes de valor económico no resultan ser idóneos para dicho fin.⁷⁷ Se excluyen, por tanto, los derechos personalísimos, los derechos derivados de relaciones familiares, los derechos políticos o también aquellos derechos de crédito que tengan por objeto una prestación de hacer o no hacer dirigida a satisfacer una prestación estrictamente personal.⁷⁸

3.2.4. Conducta típica

La voz “alzarse” estuvo referida en un primer momento a la fuga del deudor, para luego vincularse con el ocultamiento físico de sus bienes.⁷⁹ Ahora bien, en el contexto jurídico-penal el contenido de “alzamiento” no es preciso: la doctrina no mantiene uniformi-

⁶⁷ Ruiz Marco, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, Dilex, Madrid, 1995, p. 338.

⁶⁸ Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 465.

⁶⁹ Queralt, *op. cit.*, p. 750.

⁷⁰ Márquez Piñero, R., *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1986, p. 349.

⁷¹ Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, p. 130.

⁷² Respecto de este punto, algunos autores como Caballero Brun han estimado que habrían de excluirse del objeto material aquellos bienes respecto de los cuales el deudor sólo tienen la posesión o únicamente simples expectativas. Caballero, *op. cit.*, p. 225.

⁷³ Suárez-Mira, *op. cit.*, p. 281.

⁷⁴ Bajo, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 430.

⁷⁵ Así, Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 466 y 467; y Monge, *op. cit.*, p. 114.

⁷⁶ Souto, *op. cit.*, p. 270.

⁷⁷ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 483 y 484.

⁷⁸ López Sánchez, J., *El embargo de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 109.

⁷⁹ Muñoz Conde, *El delito...*, *op. cit.*, p. 115.

dad respecto de las conductas concretas que podrían integrar este concepto.⁸⁰

Por otro lado, es un término poco usado en el lenguaje común.⁸¹

Tradicionalmente, en la doctrina se viene identificando a la conducta de “alzarse” con el acto de ocultar, hacer desaparecer o transmitir a otros los bienes propios con la finalidad de no cumplir con las deudas que se tienen con terceros.⁸²

Suárez-Mira entiende que alzarse con los bienes equivale a colocarse dolosamente en una situación de insolvencia frente a los acreedores o agravar fraudulentamente la insolvencia sobrevenida de manera fortuita, mediante la ocultación física o jurídica de los bienes.⁸³ Queralt Jiménez, por su parte, enfatiza la vinculación del acto típico con el presupuesto extrapenal al sostener que “alzarse” significa sustraer todos o parte de los bienes al cumplimiento de las obligaciones contraídas, obligaciones que tienen que ser legítimas y reales creando una situación de insolvencia.⁸⁴

Con base en lo expuesto, podríamos sostener entonces que la acción típica consiste en hacer desaparecer u ocultar por cualquier procedimiento todos o parte de los bienes con el objeto de quedar en una posición de insolvencia total o parcial frente a los acreedores, de modo tal que estos no puedan ver satisfechos sus créditos.⁸⁵

Ahora bien, las formas por las cuales un sujeto puede alzarse comprenden una inagotable gama de conductas, tantas como pueden derivarse del ingenio y la amplia inventiva de los deudores; algunos ejemplos de estas formas podrían ser: la fuga con los bienes, la enajenación u ocultación fraudulenta, etcétera.⁸⁶

Al respecto, la jurisprudencia ha llegado a referirse a la existencia de “miles de formas comitivas imaginables” conducentes a una insolvencia que imposibilite al acreedor la satisfacción de su crédito. Algunas de

las formas más frecuentes de alzamiento se realizan por medio de la creación de hipotecas, traspasos, donaciones o enajenaciones ficticias que imposibilitan la realización del crédito, señalando además que cabe también la realización de operaciones no jurídicas, es decir, operaciones materiales, como la ocultación o la destrucción.⁸⁷

Para delimitar la extensión del término “alzarse”, Muñoz Conde indica que todas las formas posibles de alzamiento de bienes podrían ser típicamente re-conducidas a dos grupos genéricos como son: la ocultación material o física de los bienes del deudor, y la ocultación de estos mediante medios jurídicos que tienen por finalidad aumentar el pasivo o disminuir el activo.⁸⁸

El Tribunal Supremo, mediante sentencia núm. 1101/2007, de fecha 27 de diciembre de 2007, en su cuarto fundamento de derecho señala lo siguiente:

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore donde se encuentra, o de forma más sofisticada, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen, o se sustrae algún elemento del activo patrimonial de modo que se impida o dificulte la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio.

⁸⁰ En ese sentido véase la STS de fecha 24 de febrero de 2005.

⁸¹ Muñoz Conde señala que el sentido que generalmente se le daba a la expresión “se alce” significaba levantarse, elevarse, dirigirse contra alguien. Cfr. Muñoz Conde, *El delito...*, op. cit., p. 113.

⁸² Serrano, op. cit., p. 293.

⁸³ Suárez-Mira, op. cit., p. 279.

⁸⁴ Queralt, op. cit., p. 750. En similar sentido, Bajo Fernández entiende que alzarse consiste en realizar una sustracción de los propios bienes a la acción de los acreedores, de modo que se hacen ineficaces los medios de ejercitar su derecho a la satisfacción. Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., op. cit., p. 425.

⁸⁵ Véase Serrano, op. cit., p. 294; Suárez-Mira, op. cit., p. 281.

⁸⁶ Cuesta Merino, J., “La instrucción en los delitos de insolvencia punible”, en Consejo General del Poder Judicial, *La instrucción en los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, núm. 64, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, p. 556.

⁸⁷ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., op. cit., p. 428.

⁸⁸ Muñoz Conde, *El delito...*, op. cit., p. 115.

Un aspecto relevante que debe tenerse en cuenta es que entre la conducta de “alzamiento” y la “insolvencia” debe de mediar una relación de causalidad; de tal forma que la insolvencia sea consecuencia de la ocultación o disposición fraudulenta de los propios bienes. En ese sentido, la insolvencia producto de un hecho fortuito —por ejemplo, en caso de que se quemen las mercancías— no podrá ser sancionada penalmente.⁸⁹ Cabe aclarar que la conducta típica recae sobre los bienes del deudor, nunca sobre bienes ajenos pertenecientes a un tercero.⁹⁰

Puede ocurrir que el deudor no tenga suficientes bienes para hacer efectivas todas sus deudas y decida cumplir con las obligaciones vencidas, pero sólo respecto de una parte de sus acreedores. En principio, la situación antes mencionada es penalmente irrelevante,⁹¹ ya que se trataría de un hecho atípico, puesto que el sujeto activo no se estaría quedando con los bienes ni tampoco habría producido o aumentado su insolvencia.⁹²

En ese sentido también se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS de 25 de abril de 2002 señalando que cuando el dinero o los bienes obtenidos a cambio del patrimonio que se enajena se destinan al pago de otras deudas que también gravaban el mismo patrimonio, no existe alzamiento de bienes, pues esta figura delictiva ampara globalmente al conjunto de los acreedores y no a unos con preferencia a otros. En esa línea de razonamiento, se ha sostenido también que no hay alzamiento de bienes, aunque no se respete el indicado orden de antigüedad, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de normas relativas a la prelación de créditos; por tanto, no se tienen en cuenta las normas del Derecho privado, sino que se protege a todos los acreedores genéricamente considerados, por lo que se protege el crédito en su globalidad.⁹³

Por su parte, Bajo Fernández⁹⁴ sostiene que, aun existiendo el ánimo de perjudicar a los acreedores

con créditos vencidos, no sería punible la insolvencia derivada del pago a otros acreedores con créditos no vencidos, salvo que el deudor haya estado constreñido a satisfacer el crédito de los primeros, bien por una prelación de créditos legalmente establecida en un procedimiento o bien porque las deudas solventadas no eran exigibles en tiempo y forma. En el primer caso, sería sancionable porque el deudor tiene el deber de pagar conforme a un orden de prelación que no respeta, y en el segundo, porque solventa las deudas a las que aún no está obligado en perjuicio del resto de los acreedores, lo que implica un alto grado de intolerabilidad. En ese sentido, según la concepción del citado autor, si no mediara coerción alguna el deudor se encontraría libre de efectuar el pago en el orden que desee aun cuando lo haga con el ánimo de perjudicar a sus acreedores, ya que estaría obrando en ejercicio de su legítimo derecho.

Por tanto, el pago a un acreedor en posposición de otro no es una modalidad de alzamiento de bienes, pues no se puede considerar como un instrumento apto para provocar una insolvencia punible,⁹⁵ puesto que las obligaciones son preexistentes, no pudiendo entenderse que el desequilibrio patrimonial nace de la actuación del deudor que prioriza a unos acreedores frente a otros.

Respecto de la comisión del delito de alzamiento en su modalidad omisiva, la doctrina no ha llegado a un consenso. En cuanto a la omisión pura, un sector importante de la doctrina sostiene que el delito de alzamiento no se configura con un simple no hacer, ya que la pasividad del deudor no puede dar lugar a este delito. Así pues, el abandono del trabajo para no pagar la pensión compensatoria o el hecho de no recoger una cosecha que se pierde por esta causa no son conductas encuadrables en el tipo penal.⁹⁶

Para Gómez Pavón sólo será posible la comisión de este ilícito en su forma omisiva, siempre que exista un deber de impedir el resultado típico. Ello no sig-

⁸⁹ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 429.

⁹⁰ Vives, T., y González, J., *op. cit.*, p. 51.

⁹¹ Souto, *op. cit.*, p. 234.

⁹² Martínez-Buján, *op. cit.*, p. 1291. En ese mismo sentido se ha pronunciado Serrano Maíllo, quien sostiene que “no habrá delito de alzamiento si el deudor paga a parte de los acreedores deudas existentes, hasta donde le lleguen sus bienes, aunque para más pureza podría exigirse respetar el orden de antigüedad, es decir, comenzando por la deuda que venció primero, salvo que haya créditos preferentes”. Cfr. Serrano, *op. cit.*, p. 295.

⁹³ Luzón, *op. cit.*, p. 179.

⁹⁴ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 431.

⁹⁵ Quintero, *op. cit.*, p. 123.

⁹⁶ Souto, *op. cit.*, p. 276.

nifica que el sujeto activo ostente el deber general de no ser insolvente, sino más bien que existen supuestos especiales —tales como los del deudor comerciante o empresario— en los que, por el hecho de ostentar esa condición, tienen la obligación de reflejar con exactitud su estado patrimonial debido a la exigencia que se encuentra estipulada en el art. 33 del Código de Comercio. En ese sentido, podría considerarse como un hecho típico el incumplimiento de la exigencia antes mencionada, por ejemplo, el caso de la omisión de bienes en el balance, salvando, claro está, lo dispuesto en el art. 261 CP.⁹⁷

Queralt Jiménez analiza el caso particular de la renuncia a la herencia con el fin de no afrontar las deudas vencidas. El citado autor, partiendo de la premisa de que el patrimonio está integrado por bienes —tanto cosas como derechos de crédito realizables—, opina que no existe obstáculo alguno para considerar la posibilidad de que se produzca un alzamiento de bienes en el caso de que el sujeto deudor se niegue a aceptar una herencia o el pago de una deuda a favor de él.⁹⁸ Es del mismo parecer Quintero Olivares, para quien el hecho de renunciar a la herencia constituiría un ejercicio abusivo de Derecho, no pudiéndose justificar la conducta del deudor desde la perspectiva penal.⁹⁹

En contra de esta postura se pronuncia Bajo Fernández, quien sostiene que, según el art. 988 CC, la aceptación y rechazo de la herencia es un acto libre, por lo que, para dicho autor, la renuncia a la herencia no supone la comisión del delito de alzamiento de bienes.¹⁰⁰ Sin embargo, destaca el hecho de que los supuestos de comisión por omisión pueden ser abundantes, sobre todo cuando estos se refieren a la ocultación de bienes, ya que mediante esa conducta se dificulta el ejercicio del derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, pudiendo entenderse esta situación como un alzamiento.¹⁰¹

Otro aspecto importante por desarrollar es si el alzamiento de bienes constituye un delito de lesión o uno de peligro. Quienes sostienen que se trata de un delito de lesión consideran que no basta con poner en peligro el derecho a la satisfacción del crédito del acreedor —algo que ocurre con el mero incumplimiento de la obligación— para la comisión del ilícito penal, sino que es necesario que el deudor se coloque en una situación de insolvencia impidiendo el cobro del crédito.¹⁰²

En cambio, para la doctrina mayoritaria el alzamiento de bienes es un delito de peligro —posición que compartimos—; siendo ello así, para la consumación del tipo penal no se requiere el perjuicio patrimonial del acreedor (derivado de la efectiva frustración del crédito), sino que basta la mera provocación de insolvencia por parte del deudor. Para este sector de la doctrina, la insolvencia es el resultado típico del delito que no se encuentra constituido propiamente por el perjuicio, sino por la frustración del derecho de los acreedores a satisfacerse en el patrimonio del deudor. En ese sentido, lo que se debe sancionar son los comportamientos fraudulentos o disvaliosos en cuanto suponen la creación de un riesgo (enajenaciones, etc.) para el interés protegido que se concreta en el resultado (falta de patrimonio suficiente).¹⁰³

En similares términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 1253/2002, de 5 de julio de 2002, según la cual el alzamiento de bienes es una infracción de mero riesgo, pues el perjuicio realmente ocasionado a los acreedores pertenece no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

3.2.5. Tipo subjetivo

El alzamiento de bienes es un delito eminentemente doloso. Es necesario que el deudor sepa que el oculta-

⁹⁷ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 50. Magro Servet admite la posibilidad de que se permita ciertas hipótesis de comisión por omisión, como en el caso de que el deudor no impidiera que un bien patrimonial se deteriore, con ánimo de perjudicar al acreedor. Cfr. Magro Servet, V., “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, en Consejo General del Poder Judicial, *Aspectos penales de la Nueva Ley Concursal*, núm. 54, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p. 211. En similar sentido, Bajo Fernández señala que, en la ocultación de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos en el balance, conducta que en la medida en que dificulta el ejercicio del derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, puede entenderse como alzamiento de bienes, habida cuenta del deber de llevar una correcta contabilidad mercantil. Cfr. Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 428.

⁹⁸ Queralt, *op. cit.*, p. 751.

⁹⁹ Quintero Olivares, G., *El delito de alzamiento de bienes*, Praxis, Barcelona, 1973, p. 104.

¹⁰⁰ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 428.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 385.

¹⁰² *Ibidem*, p. 429.

¹⁰³ Gómez Pavón, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

miento de los bienes constituye un medio idóneo para acarrear su insolvencia y que sea, además, consciente de la existencia de la obligación preexistente.¹⁰⁴

La doctrina discute la admisión del dolo eventual para la comisión del delito.¹⁰⁵ Para un sector doctrinario, es necesario que la conducta del autor se encuentre dirigida a frustrar el cumplimiento de la obligación, por lo que quedarían excluidos los supuestos de dolo eventual como las formas imprudentes.¹⁰⁶ En ese sentido, no bastaría que en un caso concreto el deudor realice negocios jurídicos “de riesgo” que puedan desembocar en su ruina y en perjuicio para sus acreedores, sino que sería necesario que las acciones efectuadas deban estar directamente dirigidas a frustrar el cobro de las deudas. El deudor debe querer, pues, perjudicar a sus acreedores, no bastando la mera probabilidad o posibilidad de perjuicio.¹⁰⁷

La posición antes mencionada se sostiene también en la idea de que para la comisión de este delito es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo.¹⁰⁸

Para otro sector importante de la doctrina es viable la admisión del dolo eventual, ya que sostienen que quien asume la posibilidad de que sus actos de disposición representen un alzamiento se compromete con su acción. Se afirma bajo esta postura, que el autor asume las consecuencias lo que ha querido.¹⁰⁹

En cuanto a la interpretación de la finalidad “para perjudicar a sus acreedores”, la doctrina mayoritaria sostiene que no es necesario que se ocasione un perjuicio, ya que al tratarse de un delito de tendencia o de riesgo¹¹⁰ el deudor debe tener conciencia de que perjudica a sus acreedores al frustrar intencionalmente la satisfacción a que estos tienen derecho con actividades fraudulentas sobre su propio patrimonio. Así, la intención de perjudicar sería un elemento distinto del dolo, pero que junto con él (dolo) serviría para

fundamentar el elemento subjetivo del delito de alzamiento de bienes.¹¹¹

En esa misma línea, Queralt Jiménez considera que, además del dolo, existe un elemento subjetivo del injusto que se justifica en la frase “en perjuicio de sus acreedores”. A juicio del citado autor, sería, pues, necesario también para la configuración del tipo subjetivo la existencia del ánimo de perjudicar al acreedor.¹¹² *Contrario sensu*, sin la concurrencia de ese ánimo lesivo podríamos afirmar que no estaríamos ante un delito de alzamiento de bienes.

Para Muñoz Conde, el ánimo de perjudicar no puede formar parte del dolo, ya que él se encuentra relacionado con el perjuicio, por lo que dicho ánimo se trataría de una característica subjetiva del tipo distinta al dolo, y serviría para fundamentar el carácter de injusto de la acción.¹¹³

Una opinión distinta a la anterior es la sostenida por Gómez Pavón, para quien la expresión “en perjuicio” indicaría únicamente la necesidad de existencia de la deuda y la puesta en riesgo del cumplimiento del derecho de los acreedores por la acción fraudulenta del deudor para declararse insolvente. Agrega que aunque el propósito que guíe la acción típica sea el de perjudicar a los acreedores, no es determinante para la punición de estas conductas. Desde otra arista, sería difícilmente constatable la existencia o ausencia de dicho elemento, por lo que su exigencia lesionaría el principio de presunción de inocencia al considerar concurrente dicho ánimo cuando podría estar ausente.¹¹⁴

Caballero Brun,¹¹⁵ siguiendo esa misma línea de razonamiento, sostiene que el ánimo de perjudicar es parte integrante del dolo, ya que, de lo contrario éste se encontraría referido a una conducta que, sin el ánimo en cuestión, no se podría distinguir de otras penalmente irrelevantes.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 51.

¹⁰⁵ En opinión de Suárez González, en estas figuras delictivas pueden concurrir también el dolo eventual. Cfr. Suárez González, *op. cit.*, p. 520.

¹⁰⁶ Buompadre, J., *Insolvencia fraudulenta*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 41.

¹⁰⁷ Muñoz Conde, *El delito...*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁸ Souto, *op. cit.*, p. 299.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 252.

¹¹⁰ Serrano, *op. cit.*, p. 294.

¹¹¹ En ese sentido, Muñoz Conde, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 467; Monge, *op. cit.*, p. 115, entre otros.

¹¹² Queralt, *op. cit.*, p. 753. En igual sentido, Monge, *op. cit.*, p. 116, y Magro, *op. cit.*, p. 209.

¹¹³ Muñoz Conde, *El delito...*, *op. cit.*, p. 138.

¹¹⁴ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁵ Caballero, *op. cit.*, p. 251.

En la jurisprudencia podemos observar que el Tribunal Supremo se adhiere de cierta forma a esta última postura, ello lo podemos observar en la STS 925/2013 de 4 de diciembre de 2013, donde se sostiene que:

El dolo del delito de alzamiento no requiere una conformación especial, basta con conocer la existencia de las obligaciones para con los acreedores y la realización de actos dirigidos a perjudicar las legítimas expectativas de cobro de los acreedores. [...] El dolo se infiere a partir del conocimiento que el recurrente forzosamente hubo de tener de la lesividad de su conducta respecto al patrimonio del acreedor que vió efectivamente perjudicadas las legítimas expectativas de cobro.

Asimismo, en la STS 1540/2002 de 23 de septiembre de 2002, el Tribunal Supremo ha expresado en su cuarto fundamento de derecho que:

la constante doctrina de esta Sala, expuesta en la reciente sentencia 667/2002, de 15 de abril, en la que se dice que “a expresión en perjuicio de sus acreedores” que utilizaba el artículo 519 del Código Penal de 1973, y hoy reitera el artículo 257.1 del Código Penal de 1995, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores. Este mismo precedente jurisprudencial precisa que como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (sentencias de 28 de mayo de 1979, 29 de octubre de 1988 y otras muchas).

Finalmente, como se ha comentado anteriormente, el comportamiento imprudente del sujeto que puede llegar a arruinarse o perder parte de su fortuna hasta quedar insolvente —total o parcial— es impune penalmente. En cambio, si dolosamente dilapida su patrimonio para no hacer frente a sus deudas, sí sería culpable.¹¹⁶

3.2.6. *Iter criminis*

En cuanto al momento de la consumación del delito de alzamiento de bienes no existe una posición unánime en la doctrina.

Para la doctrina mayoritaria, el momento de la consumación se produce con la ocultación o desaparición fraudulenta de los bienes que deja al sujeto activo en una situación de insolvencia total o parcial;¹¹⁷ en otras palabras, el alzamiento de bienes se consuma en el momento en que se produce la situación de insolvencia —es decir, cuando se frustra el derecho de los acreedores—, estado de hecho que, como recordamos, no precisa de previa declaración judicial;¹¹⁸ todo ello, aun cuando el autor espera alcanzar un resultado final posterior y derivado del desbalance patrimonial provocado, esto es, el perjuicio del acreedor.¹¹⁹ Por tanto, en caso de que efectivamente se ocasionase un perjuicio al acreedor, éste se ubicaría en la fase de agotamiento del delito, con lo cual esta situación nada aportaría a la aplicación del tipo penal.¹²⁰

En cambio, para los suscriptores de la doctrina minoritaria, la causación del perjuicio determinaría la consumación del tipo penal y no la fase de agotamiento del delito.¹²¹

Sobre la admisión de la tentativa, las opiniones también se encuentran divididas. Quienes consideran que la consumación se da cuando se produce la insolvencia sostienen que las formas imperfectas del delito tienen cabida, al menos teóricamente.¹²² Por ejemplo, cuando el deudor realiza actos de ejecución encaminados a lograr su propia insolvencia con ánimo de perjudicar a sus acreedores, pero no completa todos

¹¹⁶ Serrano, *op. cit.*, p. 294.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 48; Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 431.

¹¹⁹ Souto, *op. cit.*, p. 311.

¹²⁰ Ocaña, *op. cit.*, p. 39.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Vives, T., y González, J., *op. cit.*, p. 64.

Insolvencias punibles: estudios sobre el tratamiento del alzamiento de bienes en el Derecho penal español

los actos de ejecución, habría llevado a cabo una tentativa inacabada del delito; pero si lograrse completar el acto ejecutivo y no se produjera la insolvencia por causas ajenas a su voluntad, nos situaría en un supuesto de tentativa acabada.¹²³

En cambio, si se parte de la postura de la doctrina minoritaria, es decir, de que la consumación del delito se produce con el efectivo perjuicio al acreedor, se entendería que la tentativa sólo será posible antes del vencimiento de la deuda.¹²⁴

Otro tema importante de discusión gira en torno a si el delito de alzamiento de bienes es un delito de resultado o uno de mera actividad. Los que sostienen la primera postura —la doctrina minoritaria— señalan que el resultado ha de identificarse con la insolvencia,¹²⁵ ya que el delito no se consumaría sino hasta que se verificase el estado de desbalance económico imputable a los actos fraudulentos del deudor, esto sería lo que determinaría que el delito de alzamiento sea uno de resultado.

Para los partidarios de la doctrina dominante, el delito se consumaría con el mero acto de disposición sobre el patrimonio propio que coloque al deudor en una situación de no poder hacer frente a sus obligaciones;¹²⁶ es decir, para este sector de la doctrina lo verdaderamente relevante en el delito de alzamiento de bienes es la realización de la mera ocultación de los bienes, siendo el hecho que, si bien dicha acción debe provocar la insolvencia (total, parcial, real o aparente), esta consecuencia, es decir, el estado de insolvencia, no aportaría nada para advertir el delito ante el que nos encontramos, destacando asimismo que en el tipo penal no se exige la ejecución de ningún resultado.¹²⁷ Por esos fundamentos, consideran que nos encontramos ante un delito de mera actividad.

En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS de 30 de abril de 2003 —la cual evoca uno de los fundamentos expuestos en la STS de 27 de abril de 2000—, donde se señala lo siguiente: “La expresión ‘en perjuicio de sus acreedores’ que

utiliza el mencionado art. 257.1.1 ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores”.

3.2.7. Autoría y participación

Tal como se señaló líneas arriba, en el alzamiento de bienes, al ser un delito especial propio, sólo podrán ser autores o coautores del este delito aquellas personas que reúnan la condición de deudor, de modo que los demás intervinientes que no reúnan dicha calificación serán sancionados únicamente como partícipes.¹²⁸

Cabe acotar que pueden ser autores tanto la persona física como la persona jurídica, siempre y cuando estos tengan la calidad de deudores.

En cuanto a la participación, Queralt Jiménez sostiene que, debido a que el alzamiento consiste en la ocultación o distracción de bienes, será prácticamente imprescindible la participación de un tercero que responderá a título de cooperador necesario;¹²⁹ claro está, siempre que estos sujetos colaboradores actúen con dolo y conocimiento de que participan en una maniobra destinada a perjudicar a los acreedores, ya que en caso de no hacerlo de ese modo nos encontraríamos ante terceros de buena fe.¹³⁰

Un ejemplo claro de la intervención de un partícipe lo podemos observar cuando un tercero coopera con el deudor en el otorgamiento de un contrato simulado, o en la transmisión fraudulenta de bienes.¹³¹

3.2.8. Problemas concursales

Por lo general, la problemática concursal del delito de alzamiento de bienes abarca las relaciones con el delito

¹²³ Del Rosal Blasco, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del alzamiento de bienes”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVII, fascículo II, 1994, p. 25.

¹²⁴ Souto, *op. cit.*, p. 313.

¹²⁵ Queralt, *op. cit.*, p. 704.

¹²⁶ Vives, T., y González, J., *op. cit.*, p. 65.

¹²⁷ Monge, *op. cit.*, p. 116.

¹²⁸ Souto, *op. cit.*, p. 319.

¹²⁹ Queralt, *op. cit.*, p. 749.

¹³⁰ Muñoz Conde, *El delito...*, *op. cit.*, p. 175.

¹³¹ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 433.

de estafa, malversación de caudales públicos, de falsedad documental, el delito de impago de pensiones, el delito de administración desleal y el delito fiscal. A continuación, comentaremos algunas relaciones concursales que surgen entre algunos de los delitos mencionados y el delito de alzamiento de bienes.

Uno de los problemas concursales más comunes es el vinculado con el delito de estafa; y es que la conducta de quien contrae una deuda con ánimo de no pagarla posteriormente, para lo cual se alza con los bienes, origina un concurso de leyes con la estafa, donde el alzamiento aparece como acto posterior copenado,¹³² sancionándose solamente el delito de estafa, ya que existe un engaño inicial por parte del deudor, puesto que éste en ningún momento tuvo la voluntad de cumplir con la obligación contraída, insolventándose una vez asumida la deuda, tal y como lo tenía previsto desde el inicio, de forma que con ello frustra el derecho del acreedor.¹³³

También puede apreciarse un concurso de leyes regido por el principio de consunción en relación con el delito de malversación de caudales públicos.¹³⁴ En estos casos, el delito de malversación absorbe al delito de alzamiento de bienes, ya que con su aplicación se logra captar el contenido total del injusto.

Asimismo, es común apreciar un concurso ideal entre el alzamiento y las falsedades, ya que muchas de las veces el alzamiento se realiza mediante una serie de maniobras que incluyen la comisión de determinadas falsedades,¹³⁵ convirtiéndose en los instrumentos que a través de los cuales se ocultan los bienes.¹³⁶

3.2.9. Causa de justificación

En cuanto a las causas de justificación, la doctrina ha asumido pacíficamente la aplicación del estado de necesidad en aquellos supuestos en los que el sujeto deudor vende sus bienes con el fin de hacer frente a una muy grave situación de dificultad o penuria¹³⁷ que le afecta a él mismo o a un familiar.¹³⁸ Esto es así cuando, a modo ejemplo, el deudor enajena sus bienes para procurar la compra de medicamentos o alimentos indispensables para su subsistencia.¹³⁹

3.2.10. Responsabilidad civil

Según el dictado del art. 116.1 CP, el responsable penal de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho penalmente relevante se derivan daños o perjuicios. Es, por tanto, necesario que se cause un daño o perjuicio como consecuencia de la conducta delictiva.¹⁴⁰

La doctrina dominante, considera que la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito de alzamiento puede consistir bien en la restitución de los bienes y derechos del deudor para que el acreedor pueda perseguirlos, o bien en el pago de un importe equivalente al perjuicio derivado de la maquinación integrado del delito de alzamiento.¹⁴¹

De esta manera, en las sentencias el juez debe dejar sin efecto los actos jurídicos que dieron lugar al alzamiento, siempre que no hayan pasado a poder de tercero con los requisitos legales que los hagan irrevindicables. Asimismo, un sector de la doctrina

¹³² Siguiendo a Palma Herrera, consideramos que debemos tener en cuenta que, el término “acto copenado” quedaría reservado para aquellos supuestos en los que un determinado hecho es castigado penalmente, no de manera autónoma y en base al precepto en el que el mismo era *a priori* subsumible, sino a través de la pena aplicable a otro hecho que resulta típico conforme a un precepto distinto. Debiendo observarse que debe tratarse de un caso en el que la pena correspondiente a un hecho, el principal, contemple además del castigo correspondiente a ese hecho, el que correspondería también al hecho previo o posterior. En ningún caso podría entenderse que es acto copenado aquél cuya pena se impone conjuntamente con la del hecho principal, mediante su acumulación, o asperación, ya que, en el primer caso nos encontraríamos en realidad ante un supuesto de concurso real de delitos, mientras que, en el segundo, ante un concurso ideal. Palma Herrera, J., *Los actos copenados*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 17.

¹³³ Souto, *op. cit.*, p. 344.

¹³⁴ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 433.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Souto, *op. cit.*, p. 352.

¹³⁷ Serrano, *op. cit.*, p. 294.

¹³⁸ Vives, T., y González, J., *op. cit.*, p. 78.

¹³⁹ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 388.

¹⁴⁰ Souto, *op. cit.*, p. 367.

¹⁴¹ Yzquierdo, *op. cit.*, p. 281.

sostiene que si la voluntad del juez es restablecer el orden jurídico alterado, la sentencia no sólo debe imponer la anulación, sino que también debe garantizar la ejecución del crédito.¹⁴²

En opinión de Luzón Cuesta, la sentencia penal debe declarar la nulidad de los contratos fraudulentos, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes para que respondan del crédito, siempre que lo solicite el Ministerio Fiscal o la parte acusadora, sin que se pueda perjudicar a quien no fue parte; por consiguiente, será improcedente la satisfacción del débito por ser anterior y no consecuencia directa o indirecta del delito, debiendo recordarse, tal como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo, que “el importe de la responsabilidad no se identifica con el de las deudas preexistentes, sino con el perjuicio derivado de la maquinación integradora del alzamiento”.¹⁴³ En similar sentido, Bajo Fernández, opina que el monto fijado por concepto de responsabilidad civil no debe comprender el valor de la obligación que el deudor quería burlar, sino únicamente los perjuicios ocasionados.¹⁴⁴

3.3. Análisis del art. 257.1.2 CP

Este apartado sanciona la realización de cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

Como es de observarse, la redacción de esta modalidad específica de alzamiento gira en torno a los actos del deudor que generen dilatación, impedimento o dificultad en contra de la eficacia del crédito.¹⁴⁵

Puede decirse que el artículo 257.1.2 CP es creado con el objetivo de poder sancionar una serie de comportamientos usuales que, a pesar de su potencial lesividad —hasta antes de su inclusión en el CP—, no acababan en algunas ocasiones de poder recondu-

cirse dentro de los márgenes típicos del tipo básico de alzamiento de bienes.¹⁴⁶ Por ello, algunos autores sostienen que este tipo en específico nace en defensa del acreedor diligente, ya que a quien intenta proteger es a aquel acreedor que ha tomado las previsiones necesarias para poder hacerse del cumplimiento de la obligación.¹⁴⁷

A continuación, realizaremos un estudio de los matices particulares de esta figura.

3.3.1. Conducta típica

Como hemos mencionado anteriormente, esta modalidad consiste en realizar actos de disposición (disminuyen el activo) o engendrados de obligaciones (aumentan el pasivo) que dilaten, dificulten o impidan la eficacia del embargo u otros procedimientos, no sólo que se hallen en curso, sino incluso que previsiblemente vayan a iniciarse dadas las circunstancias.

Estamos en definitiva ante un alzamiento específicamente dirigido a evitar la satisfacción del crédito de los acreedores mediante la perturbación de los procedimientos dirigidos a lograr el cobro de las deudas (embargos o procedimientos ejecutivos o de apremio, judiciales, extrajudiciales o administrativos).¹⁴⁸

En este supuesto la acción típica se realiza una vez que vence la obligación contraída, es decir, la acción de ocultación de los bienes por parte del sujeto activo se efectuará tras el vencimiento de la deuda.¹⁴⁹

Los actos típicos¹⁵⁰ descritos por la norma son dos: a) la realización de cualquier acto de disposición patrimonial, y b) la realización de un acto generador de obligaciones en un periodo determinado, acto al que se anuda la obstaculización o fracaso del procedimiento ejecutivo sobre el patrimonio del acreedor.

Respecto del primer acto típico, cabe resaltar que únicamente queda excluida de este tipo específico la acción consistente en la destrucción de los bienes,

¹⁴² Ruiz, *op. cit.*, p. 363.

¹⁴³ Luzón, *op. cit.*, p. 180.

¹⁴⁴ Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *op. cit.*, p. 434.

¹⁴⁵ Luzón, *op. cit.*, p. 180.

¹⁴⁶ Vives, T., y González, J., *op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁷ Muñoz Cuesta, F., “Posturas jurisprudenciales divergentes sobre el alzamiento de bienes previsto en el art. 257.1.2 del Código Penal”, *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 30, 2005. Disponible en: www.westlaw.es Fecha de Consulta: 10 de mayo de 2016.

¹⁴⁸ Suárez-Mira, *op. cit.*, p. 283.

¹⁴⁹ Souto, *op. cit.*, p. 379.

¹⁵⁰ Queralt, *op. cit.*, pp. 755 y ss.

pues ello no implica la realización de un acto de disposición patrimonial ni generador de obligaciones.¹⁵¹

La otra modalidad típica habla de contraer obligaciones, es decir, se refiere a la situación de hacerse de nuevas deudas con el objeto de incrementar el pasivo patrimonial.

Un factor importante por tener en cuenta es el momento en el cual debe realizarse la acción típica. Uno de estos será cuando se haya iniciado el procedimiento de ejecución pertinente. Esta iniciación se considerará desde el momento en que el deudor ejecutado tiene conocimiento formal de la existencia de tal proceso.

Otro momento en el que puede realizarse la acción típica se da en un espacio de tiempo entre el vencimiento de la deuda y el inicio del procedimiento de ejecución,¹⁵² es decir, cuando el sujeto pudiera prever la iniciación de uno de los procedimientos previstos en la norma en cuestión.

Este segundo supuesto ha sido duramente cuestionado en la doctrina, ya que se sostiene que vulnera el principio de legalidad, puesto que el hecho de que pueda concretarse en algunos casos la vida de la acción ejecutiva no supone que su ejercicio sea previsible. Por tanto, en opinión de un sector de la doctrina, dicha referencia debería ser declarada inconstitucional,¹⁵³ convirtiéndose de este modo en un problema la determinación de la extensión de los límites temporales que existe entre el comportamiento y el procedimiento —cuando efectivamente se inicie—,¹⁵⁴ puesto que quien se convierte en deudor de alguien, en principio, no puede prever cuál será el final de su crédito, pues éste depende de muchas vicisitudes.¹⁵⁵

En doctrina se sostiene que la previsibilidad en este tipo de alzamiento debe ser entendida como una alta probabilidad de iniciarse un embargo o alguno de los otros procedimientos indicados.

En opinión de Caballero Brun,¹⁵⁶ la previsible iniciación implica una previsibilidad objetiva de la

ejecución, es decir, la posibilidad cierta de que objetivamente se inicie la ejecución con independencia de la eficacia del título que contenga la obligación; situación que se da no sólo respecto de las obligaciones actualmente exigibles, sino también de aquellas cuya exigibilidad está sujeta a plazo.

3.3.2. Tipo subjetivo

Al igual que en el tipo base del alzamiento de bienes, sólo son punibles las conductas dolosas.

Tampoco debe considerarse necesaria la existencia de un ánimo especial del deudor de perjudicar a sus acreedores. En nuestra opinión, sólo bastaría con que el deudor asumiera que mediante la práctica de las maniobras previstas en el precepto estudiado se realiza un acto idóneo para dificultar la eficacia del procedimiento ejecutivo. Por ese motivo, consideramos que en este supuesto no intervendría un elemento subjetivo distinto del dolo.

3.3.3. *Iter criminis*

La consumación se produce por el hecho de realizar un acto de disposición con la finalidad de impedir o entorpecer un embargo, procedimiento ejecutivo o de apremio, sin importar los resultados derivados de dichos impedimentos o trabas.¹⁵⁷

En ese sentido, para la comisión del delito bastará la realización del acto con dichas finalidades, no requiriéndose un ulterior resultado, ya que con la conducta no se trata de conseguir la imposibilidad absoluta de hacer efectivo el cobro de la deuda,¹⁵⁸ no existiendo obstáculo alguno para que en otro momento se materialice el embargo o el procedimiento ejecutivo o de apremio;¹⁵⁹ por tanto, la consumación no exige la efectiva producción de perjuicio alguno para los acreedores, bastando simplemente con el ánimo de

¹⁵¹ Vaello Esquedo, E., “Consideraciones en torno al alzamiento de bienes”, *Actualidad Penal*, t. 1, 1999, p. 489.

¹⁵² Souto, *op. cit.*, p. 380.

¹⁵³ Otro de los argumentos que se ha sostenido en la doctrina, a fin de la eliminación de la referencia a la previsibilidad, es que ésta limitaría al acreedor a poder disponer de sus bienes, una vez que haya contraído una deuda, con lo cual se restringiría de cierta forma el ejercicio del derecho de propiedad del deudor.

¹⁵⁴ Queralt, *op. cit.*, p. 750.

¹⁵⁵ Serrano, *op. cit.*, p. 295.

¹⁵⁶ Caballero, *op. cit.*, pp. 234-236.

¹⁵⁷ Véase la STS núm. 1560/2000, de 14 de noviembre de 2000.

¹⁵⁸ Magro, *op. cit.*, p. 216.

¹⁵⁹ Serrano, *op. cit.*, p. 296.

perjudicarlos.¹⁶⁰ Tampoco resulta necesario que efectivamente se produzca una situación de insolvencia.¹⁶¹

Por otro lado, en doctrina se admite también la posibilidad de tentativa.

4. Modificaciones introducidas por la LO 1/2015

Mediante la LO 1/2015 no se proponen cambios radicales a la regulación anterior de este delito, siendo la gran ausente, en nuestra opinión, la introducción de una condición objetiva de punibilidad, pero ¿por qué proponemos esto?

A fin de poder dar respuesta a la interrogante formulada, debemos recordar que el principio de intervención mínima del Derecho penal se concreta por medio de otros dos subprincipios: principio de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal, los cuales garantizan el empleo racional y necesario del Derecho penal.

El principio de intervención mínima se constituye como un límite político-criminal del *ius puniendi* coherente con la lógica del Estado social,¹⁶² según el cual el Derecho penal debe reducirse a lo mínimo, es decir, debe intervenir sólo frente a los ataques más graves sufridos por los bienes jurídicos, ello con el fin de alcanzar el mayor beneficio social con el menor costo.¹⁶³ No hay que olvidar que el empleo de medios penales representa una grave injerencia en los derechos de las personas, debiendo preferentemente recurrir a vías no penales en los casos en los que se pueden alcanzar una eficiente protección de los bienes jurídicos pero con una menor afectación.¹⁶⁴

En ese sentido, la intervención del Estado sólo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización; por ello, sólo debe acudir al Derecho penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el Derecho punitivo es el último recurso, ya que no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor gravedad.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, podemos manifestar que es necesaria la inclusión de una condición objetiva de punibilidad a efectos de no trasgredir el principio de intervención mínima, ya que en la actual regulación y en la del Proyecto de Reforma no existe referencia sobre un mínimo valor de lo defraudado, con lo cual se podría castigar la conducta de quien lo hace por el monto de 50 euros.

En el ejemplo anteriormente propuesto es manifiesto que un monto tan insignificante no tendría la posibilidad de lesionar al bien jurídico protegido en este delito, ya que es evidente que el orden socioeconómico —visto desde la institución del crédito— no se vería afectado de una forma tan grave que obligase al Derecho penal a intervenir; por otro lado, si bien es cierto que sí se afectaría al derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos mediante el patrimonio de su deudor, no es menos cierto que, por el principio de subsidiariedad, el Derecho civil podría encargarse de este tipo de situaciones, como, por ejemplo, mediante la declaración de la nulidad de los actos jurídicos celebrados de manera fraudulenta por el deudor, no siendo necesaria la intervención del Derecho penal cuando los montos sean insignificantes.

5. Conclusiones

Primera: El alzamiento de bienes debe entenderse como la sustracción u ocultación que realiza el deudor sobre parte o todo de su activo con el fin de generar dificultades al acreedor para el cobro de la deuda.

Segunda: El bien jurídico protegido, siguiendo la postura mixta, recae tanto sobre derecho de crédito como el orden socioeconómico, ya que con el alzamiento de bienes no sólo se afecta el patrimonio del deudor, sino también el sistema crediticio en su conjunto. Se debe tener en cuenta que la suma de defraudaciones de deudas genera una desconfianza e incertidumbre en el mercado.

¹⁶⁰ Suárez-Mira, *op. cit.*, p. 283.

¹⁶¹ Monge, *op. cit.*, p. 117.

¹⁶² García-Pablos de Molina, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, t. II, 5ª ed., Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 558.

¹⁶³ Sánchez Francisco, J., “El principio de intervención mínima en el Estado mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 23, 2007, p. 278.

¹⁶⁴ Sobre el uso del derecho penal como *ultima ratio* es pertinente recordar que, en el décimo fundamento jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú 17-2011-AI/TC, de 3 de mayo de 2012, se señala que: “[...] la sanción penal es la *ultima ratio*, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que sólo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas...”

Tercera: La preexistencia de una obligación lícita es uno de los factores que debe concurrir para afirmar que nos encontramos ante un supuesto de alzamiento de bienes, ya que sin ella no habría deuda alguna que pudiese ser defraudada.

Cuarta: No todo incumplimiento de una obligación pactada dará lugar a la comisión del delito de alzamiento de bienes. Para ello, es imprescindible que dicho incumplimiento sea consecuencia de una situación de insolvencia generada por el propio deudor con la finalidad de no cumplir con el pago de sus deudas.

Quinta: El término “bienes” debe ser interpretado en su sentido más amplio, es decir, abarca los bienes materiales, inmateriales, muebles, inmuebles y también los créditos, con la exigencia de que estos puedan ser valorados económicamente y embargables.

Sexta: El alzamiento de bienes es un delito de peligro, ya que lo sancionable es la creación del riesgo de afectación del derecho de crédito del acreedor originada por el acto por medio del cual el deudor logra alcanzar su estado de insolvencia.

Séptima: La finalidad de perjudicar a los acreedores forma parte del dolo; por tanto, no constituye un elemento subjetivo distinto del mismo.

Octava: Es necesario incluir un monto mínimo como condición objetiva de punibilidad, ya que con su establecimiento se limita y legitima la intervención del Derecho penal, permitiendo que alzamientos de cantidades mínúsculas de dinero no sean resueltos en esta vía.

6. Bibliografía citada

- Albaladejo García, M., *Derecho Civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 2002.
- Bajo Fernández, M., y Bacigalupo, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010.
- Buompadre, J., *Insolvencia fraudulenta*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- Buruaga Puertas, V., *La calificación de las insolvencias*, Atelier, Barcelona, 1999.
- Bustos Valdivia, C., Moreno Quesada, B., y Trujillo Calzado, M., *Derecho patrimonial civil*, Comares, Granada, 2006.
- Caballero Brun, F., *Insolvencias punibles*, Iustel, Madrid, 2008.
- Campomanes Camino, M., “La tutela judicial efectiva de los derechos de los acreedores común insolvencia”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 42, 2002.
- Ceres Montés, J., “La insolvencia punible en el nuevo Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 287, 1997.
- Córdoba Roda, J., y García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Cuesta Merino, J., “La instrucción en los delitos de insolvencia punible”, en Consejo General del Poder Judicial, *La instrucción en los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, núm. 64, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005.
- Del Rosal Blasco, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del alzamiento de bienes”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVII, fascículo II, 1994.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho civil*, t. II, Civitas, Madrid, 1996.
- Faraldo Cabana, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo Derecho concursal y la reforma penal”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXIV, 2004.
- García Garrido, M., *Derecho privado romano. Casos, acciones e instituciones*, Ediasa, Madrid, 2004.
- García-Pablos de Molina, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, t. II, 5ª ed., Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- Gómez Benítez, J., *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*, Colex, Madrid, 2001.
- Gómez Martín, F., *Ley concursal e insolvencias punibles*, Comares, Granada, 2004.
- Gómez Pavón, P., “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Revista Cuadernos de Política Criminal*, núm. 64, 1998.
- Lacruz Berdejo, J., *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Dykinson, Madrid, 2003.
- López Sánchez, J., *El embargo de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- Luzón Cuesta, J., *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 2011.
- Magro Servet, V., “El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los arts. 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia”, en Consejo General del Poder Judicial, *Aspectos penales de la Nueva Ley*

Insolvencias punibles: estudios sobre el tratamiento del alzamiento de bienes en el Derecho penal español

- Concursal*, núm. 54, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004.
- Márquez Piñero, R., *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1986.
- Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Monge Fernández, A., “Insolvencias punibles”, en Polaino Navarrete, M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, Tecnos, Madrid, 2011.
- Moya Jiménez, A., *La responsabilidad penal de los administradores. Delitos Societarios y otras formas delictivas*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2010.
- Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999.
- Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Muñoz Cuesta, F., “Posturas jurisprudenciales divergentes sobre el alzamiento de bienes previsto en el art. 257.1.2º del Código Penal”, *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 30, 2005.
- Ocaña Rodríguez, A., *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1997.
- Palma Herrera, J., *Los actos copenados*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Queralt Jiménez, J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- Quintano Ripollés, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t. III, Edersa, Madrid, 1978.
- Quintero Olivares, G., *El delito de alzamiento de bienes*, Praxis, Barcelona, 1973.
- Ruiz Marco, F., *La tutela penal del Derecho de crédito*, Dilex, Madrid, 1995.
- Sánchez Calero, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 25ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 2003.
- Sánchez Francisco, J., “El principio de intervención mínima en el Estado mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 23, 2007, p. 278.
- Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A., “Receptación y blanqueo de Capitales”, en Serrano Gómez, A., et al., *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2012.
- Souto García, E., *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Suárez González, C., “Insolvencias punibles”, en Bajo Fernández, M. (dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, 6ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- Uría González, R., *Derecho mercantil*, 28ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002.
- Vaello Esquerdo, E., “Consideraciones en torno al alzamiento de bienes”, *Actualidad Penal*, t. 1, 1999.
- Vives Antón, T., y González Cussac, J., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Yzquierdo Tolsada, M., “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, enero-marzo de 2006.